律师经典案例



Selected Cases on law

第三辑

浙江省省直律师协会　主办

唐国华　主编

ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



律 师 经 典 案 例

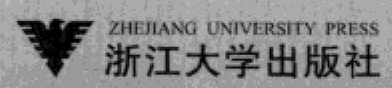


律师经典案例

Selected Cases on law 第三辑

浙江省省直律师协会　主办

唐国华　主编



图书在版编目（CIP）数据

律师经典案例．第3辑／唐国华主编．—杭州：浙江大学出版社，2009.8
ISBN 978-7-308-07002-7

Ⅰ.律… Ⅱ.唐… Ⅲ.法律—案例—中国 Ⅳ.D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2009）第154781号

律师经典案例（第3辑）

唐国华 主编

责任编辑	周卫群
封面设计	刘依群
出版发行	浙江大学出版社 （杭州市天目山路148号 邮政编码310028） （网址：http://www.zjupress.com）
排　　版	杭州中大图文设计有限公司
印　　刷	浙江中恒世纪印务有限公司
开　　本	787mm×960mm 1/16
印　　张	15
字　　数	300千
版 印 次	2009年8月第1版 2009年8月第1次印刷
印　　数	0001—4000
书　　号	ISBN 978-7-308-07002-7
定　　价	27.00元

浙江大学出版社发行部邮购电话(0571)88925591

前　言

随着中国律师业的进一步发展，律师业的专业化水平正逐步发展和提高。我们提倡并鼓励建设专业化的律师事务所和培养高素质的律师，社会的发展使社会各层面诸如刑事、民事、行政、知识产权、建筑与房地产领域都需要相应的专业律师提供优质的法律服务。简单如离婚纠纷、债权债务纠纷、刑事辩护，复杂如股票上市、收购兼并、大型基建项目等均离不开专业的律师。只有以专业化为前提和基础的律师事务所和律师团队，才是律师业正确的发展方向，才能产生1＋1＞2的效应。

为推动和促进律师事务所和律师的专业化水平，也使律师的办案实践成果能有效传播与交流，案例是集律师经验、技能、智慧等诸多因素的重要载体。当然，律师不同于专业学者，更不同于作家。为应对日益繁杂的案件工作，大多数律师终日埋头于案件的处理，因此，非有特殊兴趣和坚定意志恐怕难以将自己的角色转换到学术研究中来。但是，通过办理各类案例，尤其是经典案例为律师提高专业水平、促进交流等提供了一个重要途径。

为此，浙江省省直律师协会召开了律师经典案例征集研讨会，各省直律师积极投稿，经本书编委会集体评议，选了其中部分优秀经典案例出版。案例归类为民事篇、刑事篇、行政篇、公司与证券篇、建筑与房地产篇、劳动与社会保障篇、知识产权篇七个专业。通过对经典案例的讨论点评，充分展现了律师承办案件精华之处，也加强了律师对案件处理经验、技能的相互交流，反映出广大律师的实践成果。

本书案例均为律师作者本人已经办结案件，希望通过本案例选能对律师同行、其他法律职业共同体、法律职业兴趣爱好者及其他社会人士给予一定的借鉴和帮助，我们会备感欣慰。不足之处，真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

2009年7月于杭州

目　　录

民　事　篇

刑　事　篇

建筑与房地产篇

公司与证券篇

劳动与社会保障篇

知识产权篇

行政法篇

民 事 篇



协议生效与否，并不影响协议中陈述的事实

——李某诉C集团返还履约保证金一案

张晟杰*

案情简介

C建设集团有限公司（以下简称C集团）于2004年6月23日在嘉兴设立了C集团嘉兴分公司（以下简称C集团分公司），陶某任该分公司的负责人。2005年陶某洽谈了浙江F实业有限公司（以下简称F公司）标准厂房工程业务，并将该工程报C集团进行审查。C集团审查后认为存在较大的商业风险，决定不承接该工程。但陶某认为该工程有利可图，便私下找到江西省H建设集团有限公司（以下简称H集团），要求挂靠该单位承接F公司标准厂房工程。H集团同意陶某挂靠其单位承接该标准厂房工程。2005年11月2日，陶某便以H集团的名义与F公司签订了一份《建设工程施工合同》。之后，陶某经H集团的批准在嘉兴筹备成立H集团嘉兴分公司（以下简称H集团分公司），2005年12月5日，经嘉兴市工商行政管理局秀洲分局批准，H集团分公司成立，负责人仍是陶某。

陶某在承接了F公司标准厂房工程后，2005年11月17日，以H集团分公司名义与李某签订了一份《协议书》，就工程费用及项目管理达成了相关协议，并就履约保证金约定如下："本协议签证后支付保证金200万元，业主办理好土地规划许可证、工程定位，施工单位进场后支付保证金200万元，在业主工程施工许可证办理完毕后支付剩余的保证金400万元，共计履约保证金800万元。"由于在此期间H集团分公司正在筹备阶段，还未正式成立，陶某利用自己为C集团分公司负责人的便利，利用C集团分公司的账户于2005年11月17日、2005年11月25日向李某收取保证金共计400万元。

* 张晟杰，男，浙江君安世纪律师事务所专职律师。

由于F公司资金不到位，F公司标准厂房工程开工后于2006年6月15日停工，到9月30日资金无法落实仍无法复工。H集团分公司为减少自己的损失，打算另行找人接盘投资开发。2006年12月28日，H集团分公司与原告李某达成一份《协议书》，该《协议书》第2条“债权债务及结算的处理办法”第一款提到：“乙方（注：即本案原告李某）支付甲方（注：即H集团分公司）工程承包履约保证金700万元整（含C集团的400万元）”；第5条约定：“甲乙双方于2005年11月17日签订的工程经济承包协议书在甲方款资付清后自动解除”；并在第7条约定：“本协议一式四份，甲乙双方各一份，嘉兴市经济开发区管委会一份，中间人一份。如果甲乙双方违反本协议任何一条及在接盘操作过程中由于种种原因不能接盘，则本协议无效。”后H集团未能落实投资人接盘，该协议未生效，也未实际履行。

2007年10月29日，原告李某向嘉兴市中级人民法院起诉，诉讼请求如下：(1)判令被告C集团立即向原告李某退还履约保证金人民币400万元、支付逾期还款利息442200元；(2)本案诉讼费用由被告承担。

李某在起诉时提交了2005年11月C集团分公司与F公司签订的补充协议（复印件）和2005年11月17日C集团分公司与李某签订的《协议书》。该协议书虽是原件，但与H集团分公司与李某签订的一份《协议书》内容、条款基本一致，日期完全相同。

争议焦点

本案中，双方当事人争议的焦点主要有以下两个方面：

一、原告与被告间是否有合同关系

对此，被告C集团认为H集团是标准厂房工程的施工承包单位，李某是该工程的实际施工人，并且李某系从H集团处承接转包工程，原告与被告之间无合同关系。理由如下：

1. 该事实有H集团同F公司于2005年11月2日签订的《建设工程施工合同》以及H集团分公司同F公司于2006年1月10日签订的《补充协议》为证。另外，〔2007〕杭证民字第10670号《公证书》、H集团分公司于2007年6月8日出具的《关于F公司标准厂房工程造价评定报告的意见》、F公司于2006年4月6日出具的《开工通知书》等证据能形成有效证据链，能证明这一事实。2. 李某是该工程的实际施工人，并且李某系从H集团分公司处承接转包工程。该事实有H集团分公司于2006年1月1日出具的

《关于聘任李某等同志职务的通知》、H集团分公司2007年11月出具的有关李某身份的《证明》、《公证书》、李某以项目承包人身份于2005年11月17日同H集团分公司签订的转包《协议书》、F公司于2006年9月11日出具的《承诺书》以及H集团分公司同李某于2006年12月28日签订的《协议书》,都能证明该事实。

二、被告收取原告400万元的行为的性质

对此,原告李某认为:(1)原告李某将400万元直接打进C集团分公司的账户,至于C集团分公司将原告李某交付的400万元工程保证金转付给H集团,其中的300万元是直接支付给建设单位F公司的事实,由于该付款未载明款项的用途,不能证明C集团确实向F公司支付了履约保证金,而且C集团对自有的款项可以自行处置;(2)李某与H集团分公司于2006年12月28日签订的《协议书》是无效协议,《协议书》生效的条件未能成就。《协议书》第2条第一款涉及400万元保证金的内容是附条件的,只有在《协议书》生效的前提下,原告对被告的追认才会生效。故被告仍需要承担400万元的返还责任。

被告C集团认为其仅是原告李某应付工程保证金的代收代支单位,并且事实上已经按照李某要求,支付给了H集团分公司及F公司。理由如下:(1)C集团分公司收取李某支付的400万元保证金,是陶某借用C集团分公司的账户替H集团分公司代收的。陶某既是C集团分公司的负责人,同时又是当时筹建中的H集团分公司的负责人。当时H集团分公司尚未正式成立,还没有自己的银行账号,所以陶某就利用其职务上的便利,借用C集团分公司的账号为H集团分公司收取了工程保证金。

(2)事后C集团分公司已经将该笔资金转给了H集团分公司。其中的300万元已直接转付给F公司,该事实有H集团分公司与2006年1月25日出具的《收据》、交通银行两份《结算业务申请书》(系申请法院调取)证明。其余的100万元,由H集团分公司分四次,分别提取10万、30万、30万、30万,总计100万元,该事实有交通银行的《结算业务申请书》(系申请法院调取)和交通银行嘉兴分行三张现金支票(系申请法院调取)为证,并且都由H集团分公司会计经手,均可证明该笔款项已经到H集团分公司名下。

(3)李某和H集团分公司于2006年12月28日签订的《协议书》第2条“债权债务及结算的处理办法”第一款提到:“乙方(注:即本案原告李某)支付甲方(注:即H集团分公司)工程承包履约保证金700万元整(含C集团

的 400 万元)。”说明 C 集团分公司收取的 400 万元只是代收代支性质，并且该 400 万元已作为原告李某按约应付给 H 集团及 F 公司的履行保证金的一部分。

审理判决

一审法院经审理后认为：2005 年 11 月 2 日 H 集团与 F 公司签订了建设工程施工合同，而 C 集团与 F 公司并未签订过建设工程合同及补充协议。根据双方均认可的李某与 H 集团分公司于 2006 年 12 月 18 日签订的协议第 2 条第一款的约定，李某支付 H 集团分公司履约保证金 700 万元整（含 C 集团的 400 万元），李某认为该协议实际没有履行，协议并未生效，因此该协议第 2 条第一款内容自始未能生效。法院认为，“李某支付 H 集团分公司履约保证金 700 万元整（含 C 集团的 400 万元）”这一内容，并非是对李某与 H 集团分公司之间的权利义务的约定，而是对 700 万元履约保证金的支付方式所作的事实陈述，该协议生效与否，对上述内容并不影响。该协议内容表明 C 集团收取的 400 万元已经作为李某应当支付给 H 集团的履约保证金的一部分支付给了 H 集团分公司。李某在该协议中确认了其支付给 H 集团分公司的 700 万元履约保证金包括 C 集团的 400 万元，最终收款人为 H 集团分公司，而非 C 集团分公司。李某与 H 集团分公司所签协议系其真实意思表示，C 集团以李某的真实意思表示进行抗辩，其抗辩理由成立。因此，李某要求 C 集团返还 400 万元履约保证金以及支付相应利息的诉讼请求缺乏事实依据，其诉讼请求应当予以驳回。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 64 条第一款、第 128 条的规定，判决如下：驳回原告李某的诉讼请求。

经典评析

本案关系比较复杂。C 集团本来与该工程无任何关系，由于陶某利用其职务上的便利借用 C 集团分公司的账户收取保证金才导致本案纠纷的产生。现就案件作如下评析：

1. C 集团与李某是否存在合同关系。H 集团是标准厂房工程的施工承包单位，H 集团同 F 公司于 2005 年 11 月 2 日签订的《建设工程施工合同》以及 H 集团分公司同 F 公司于 2006 年 1 月 10 日签订的《补充协议》均可证明；同时，李某是该工程的实际施工人，该事实有 H 集团分公司于 2006 年 1 月 1 日出具的《关于聘任李某等同志职务的通知》、H 集团分公司 2007 年 11 月出具的有关李某身份的《证明》、《公证书》、李某以项目承包人身份

于2005年11月17日同H集团分公司签订的转包《协议书》、F公司于2006年9月11日出具的《承诺书》以及H集团分公司同李某于2006年12月28日签订的《协议书》都能证明该事实。因此，李某系从H集团处承接转包工程，原告与被告之间无合同关系。

2. 本案中的一份关键证据是李某和H集团分公司于2006年12月28日签订的《协议书》，该《协议书》第二部分“债权债务及结算的处理办法”提到：“乙方（注：即本案原告李某）支付甲方（注：即H集团分公司）工程承包履约保证金700万元整（含C集团的400万元）”；第5条约定：“甲乙双方于2005年11月17日签订的工程经济承包协议书在甲方款资付清后自动解除”；第7条约定：“本协议一式四份，甲乙双方各一份，嘉兴市经济开发区管委会一份，中间人一份。如果甲乙双方违反本协议任何一条及在接盘操作过程中由于种种原因不能接盘，则本协议无效”。虽然该协议书是附条件的，条件未成就，协议也未生效。但是，该协议书陈述的两个重要事实：(1)第2条第一款对700万元履约保证金的支付方式所作的事实；(2)H集团分公司于2005年11月17日与李某签订的协议书的事实。该两个事实是本案原告李某真实意思的表示，该协议的生效与否，并不影响协议中陈述的事实。法院据此认定李某在该协议中确认了其支付给H集团分公司的700万元履约保证金包括C集团的400万元，其最终收款人均为H集团分公司，而非C集团分公司。因此，法院判决驳回原告的诉讼请求是正确的，一审判决后原告李某也未提出上诉。

3. 本案留给人们的教训。本案虽然以本律师的当事人（即本案被告）的公正、合法权益得到维护告终，但是本案时间和精力的浪费不少，而这一切麻烦的发生，是由C集团对自己分公司负责人的管理存在问题导致的。也就是说，C集团在设立分公司和选择负责人时需要对该负责人进行严格的资信审查，这样才能避免分公司以公司名义对外作出对公司不利的事情。

解除的是房屋转让合同还是委托代理合同

——韩×诉周××、严××房屋买卖合同纠纷案评析

李　明*

案情简介

原告：韩×

被告：周××、严××

2007年3月25日，原告与两被告签订杭州市房屋转让合同，约定两被告将杭州市下城区半山师姑里杭氧宿舍×幢×单元×室转让给原告，房屋转让价格为413000元。原告应在2007年3月30日前支付房款124000元，其余房款289000元参加银行按揭。两被告应在2007年6月15日之前将房屋交付给原告。对两被告逾期交房的违约责任约定为除不可抗拒的因素外，两被告未按合同约定时间交房的，原告有权按累计已付款向两被告追究违约利息，自本合同规定的最后交付期限之第二天起至实际交付之日止，月利息按同期银行贷款利率计算。逾期超过7天，两被告向原告支付违约金共计20000元整，合同继续履行。若两被告在7天内仍未继续履行合同，两被告向原告支付违约金共计40000元整，合同终止。关于产权登记的约定为如因两被告过失造成原告不能在60天内取得房地产权属证书的，视为两被告违约，原告有权退房，两被告必须在原告提出退房之日起3天内将原告已付款及利息（利息按同期银行贷款利率计算，自原告付款之日起至原告提出退房之日止）退还给原告，并向原告支付违约金40000元整。

2007年3月25日，原告、两被告及杭州房屋××中介有限公司（以下简称中介公司）签订委托代理合同，约定原告、两被告共同委托中介公司办

* 李明，男，毕业于中南政法学院（现为中南财经政法大学），英国曼彻斯特大学访问学者，专业从事建筑房地产、人力资源管理、合同纠纷、公司事务，浙江君安世纪律师事务所专职律师。

理产权过户手续。中介公司在收到原告、两被告双方提供产权交易资料、税费及首期购房款之日起45个工作日内，办妥房屋所有权证和契证。

上述两份合同签订之后，原告、两被告、中介公司和中国银行股份有限公司杭州市××支行(以下简称支行)签订监督支付协议书，约定原告自愿将购房款自筹部分124000元存入中介公司在支行开立的专用账户，原告授权支行将其与支行签订的购房借款合同项下的按揭贷款289000元在办妥房产抵押后划入中介公司在支行开立的二手房交易专用账户，四方一致同意，在支行收到已办妥房产证及以支行作为抵押权人的抵押登记他项权证的证明资料后划转413000元至两被告账户。

3月28日，浙江××房地产评估有限公司出具该房屋的评估报告。4月3日，原告向中介公司支付购房首付款124000元。随后，原告与被告又办理了该房屋产权过户所需的有关手续，如填写了杭州市房产交易产权登记申请表、出具个人出售房屋承诺书、承诺书、房产转让承诺书、夫妻关系具结书、单身申明具结书、中介代理买卖过户交易受理承诺书等，已完全具备办理产权过户的条件。4月12日，原告与支行签订购房借款合同，由支行向原告贷款289000元用于购买半山师姑里杭氧宿舍×幢×单元×室。但由于中介公司未能及时进行年检，致使原告与两被告的房屋产权过户手续未能按时办理完毕。

2007年5月22日，原告与两被告、中介公司签署了承诺书。三方约定：由于中介公司方面的原因造成转让杭州半山师姑里杭氧宿舍×幢×单元×室房屋事宜延误，现买卖双方协商终止该房屋转让合同，中介公司愿承担买卖双方三证的代办费用及两被告延期拿到房款的利息损失，利息损失为一个月按同期银行利率2.07%支付，计690元，在双方办理三证时同时支付。承诺书签订后，对原告所支付的首付款12.4万元该中介公司予以退还。但之后，两被告则拒绝再履行房屋转让合同，故原告诉至法院。

争议焦点

本案的争议焦点就在于房屋转让合同是否解除。

原告认为房屋转让合同没有解除，解除的是委托代理合同。

1. 承诺书是由中介公司提出并作出承诺的，它是中介公司的承诺，显然不是被告与原告之间订立的一个解除房屋转让合同的新的合同。中介公司只能对自己能够做到的事情作出承诺，比如承担三证过户的代办费用及房款的利息损失，中介公司无权对被告与原告解除合同作出承诺。

2.承诺书的内容也不是协议解除。承诺书中明确指出因中介公司的原因导致房屋暂时未能如期办理过户手续,中介公司愿意承担三证过户的代办费用及房款的利息损失。承诺书中虽然有“现买卖双方协商终止该房屋转让合同”的内容,但同时,承诺书中还有“上述费用在双方办理三证过户时同时支付”的内容。如果说承诺书是一份协议解除的合同,那么承诺书中“上述费用在双方办理三证过户时同时支付”又作何解释?“上述费用在双方办理三证过户时同时支付”表明被告与原告还是要履行房屋转让合同的,因此,这句话说明被告与原告的房屋转让合同并未终止,而是暂时中止。

3.被告、原告和中介公司之间存在两种合同关系,一种是被告与原告之间的房屋转让合同,一种是被告、原告与中介公司之间的委托代理合同。如果说,被告与原告要协议解除房屋转让合同,只需要被告与原告达成一致即可,它只涉及被告与原告之间的关系,不需要中介公司作出承诺。相反,被告、原告要协议解除与中介公司的合同,则需要被告、原告和中介公司三家达成一致,中介公司需要对合同解除后的中介费用、利息损失承担等作出承诺。从承诺书的内容看,它是一份被告、原告和中介公司协议解除委托代理合同的合同。

4.协议解除既然是双方协商一致来解除合同,那么双方对解除合同是不会有异议的。但在本案中,被告认为没有解除合同,原告认为已经解除合同,被告与原告对协议解除房屋转让合同产生如此大的分歧,这正好说明被告与原告就解除房屋转让合同没有达成一致,承诺书不构成协议解除。

5.被告与原告的本意是要履行房屋转让合同,只是由于中介公司的原因,导致三证迟迟未能办好,在此情况下,被告与原告解除房屋转让合同,是缺乏理由的。原告若是要履行合同,换一家中介公司来办理三证,也是可以实现合同目的的,这也是承诺书的本意。

6.承诺书中对于被告支付的购房首付款如何返还,原告交付的三证如何返还、以及中介公司中介费用如何承担等重要内容都没有涉及,那么,承诺书是一份解除房屋转让合同的协议吗?

被告认为房屋转让合同已经解除,理由是承诺书中明确写明买卖双方协商终止该房屋转让合同。

审理判决

法院经过审理,认为原告与被告所签订的房屋转让合同系双方的真实意思表示,内容合法,应依法确认有效。本案所诉争焦点在于该合同是否已

经原告被告双方的协商而解除。虽然2007年5月22日签订的承诺书有关于"买卖双方协商终止该房屋转让合同"的表述,但结合承诺书全文内容以及原告被告双方均无异议的中介公司的证明来看,可以确定承诺书中经三方协商解除的是委托代理合同,而非房屋转让合同。该承诺书仅仅是三方在协商终止委托代理合同后,对于中介公司责任承担的约定,委托代理合同与房屋转让合同为相对独立的两个合同,委托代理合同的终止不能决定房屋转让合同的效力。被告认为转让已终止的意见,理由欠当,本案不予采纳。被告明确表示不愿继续履行房屋转让合同的约定,对此承担相应的法律责任,对原告要求被告按照合同中关于违约责任的约定进行赔偿的请求应予支持。根据《民法通则》第111条、112条规定,判决被告于本判决生效之日起10日内赔偿原告40000元。

一审判决以后,两被告不服,向杭州市中院上诉。在二审过程中,两上诉人向二审法院申请调查取证。二审法院同意了两上诉人的要求,向支行调取了证据。根据调取的证据,二审法院查明,中介公司曾向支行出具一份情况说明,载明:因本公司年检事宜迟迟未能办妥,导致上诉人与被上诉人就杭氧宿舍×幢×单元×室房屋的三证过户手续未能及时办理,现经双方协商终止杭氧宿舍×幢×单元×室房屋转让合同,发回重新办理,现要求支行将被上诉人的购房首付款计124000元整归还其个人,特此证明。被上诉人认为该证据写明"发回重新办理",清楚表明上诉人与被上诉人之间的房屋转让合同没有解除,只不过是更换一家中介公司重新办理。

二审法院认为:本案所争议的焦点是两上诉人与被上诉人于2007年3月25日签订的房屋转让合同是否经双方协商而解除。两上诉人认为房屋转让合同已经双方协商解除的依据是2007年5月22日形成的承诺书以及2007年5月28日中介公司出具给支行的情况说明。该承诺书确实有关于"买卖双方协商终止该房屋转让合同"的表述,但该承诺书其后所表述的"本公司愿意承担买卖双方三证的代办费用及上诉人延期拿到房款的利息损失,……上述费用在双方办理三证过户时同时支付",可以确定该承诺书中经三方协商终止的是委托代理合同,而非房屋转让合同。且中介公司就上诉人与被上诉人之间的争议曾出具了"证明"一份,两上诉人对该"证明"并无异议,根据该"证明"的内容更能反映出经三方协商以承诺书的形式终止的是委托代理合同而非房屋转让合同。至于中介公司出具给支行的情况说明,并不能否定承诺书和"证明"的证明效力。故两上诉人认为房屋转让合同已经终止的上诉理由,本院不予采纳。二审法院最后判决驳回上诉,维持原判。

经典评析

本案涉及的是承诺书是否构成协议解除。

合同解除是指在合同成立以后,因当事人一方的意思表示,或者双方的协议,使基于合同而发生的债权债务关系归于消灭的行为。合同解除有两种,一种是约定解除,一种是法定解除。约定解除是当事人通过行使约定的解除权或者双方协商决定而进行的合同解除,约定解除又分为协议解除和约定解除权的解除。法定解除是指依据法律规定解除合同。本案涉及的是协议解除。

协议解除,是指合同成立以后,未履行或未完全履行之前,当事人双方通过协商而解除合同,使合同效力消灭的行为。双方当事人达成的解除原合同的协议,构成一个新的合同,其主要内容是解除原合同关系,所以协议解除是以第二个合同解除第一个合同,它成立的要件是双方当事人意思表示一致。

本案的特殊性在于原告与被告之间涉及几个法律关系:一个是原告与被告之间的房屋转让合同关系,一个是原告、被告、中介公司之间的委托代理合同关系。原告与被告均有履行房屋转让合同的意愿,只不过是由于中介公司的原因,导致房屋过户手续无法进行下去,三方经协商更换一家中介公司,继续进行房屋过户手续,所需费用由中介公司承担。只是在文字上没有表述清楚,没有搞清楚终止的到底是哪一份合同,因而为本案的发生埋下了隐患。后来由于市场价格发生变化,被告就借题发挥,不愿继续履行房屋转让合同。实际上,原告与被告对房屋过户手续没能按时办理完毕均没有过错,房屋过户手续没有按时办理完毕,是因为中介公司的原因。因此,在此情况下,被告主张房屋转让合同已经解除完全不符合情理。实际上,被告所称的合同解除是指原告、被告与中介公司之间的委托代理合同关系解除,而原告与被告之间的房屋转让合同关系并没有解除。

违反部门规章限制性规定的合同的效力

——杭州某房地产开发有限公司与浙江某拍卖有限公司、宋某拍卖合同纠纷案

刘为平　陈慧梅*

案情简介

2004年11月5日，杭州某房地产开发有限公司（以下简称"房产公司"）因开发桐庐房地产项目急需，与浙江某拍卖有限公司（以下简称"拍卖公司"）签订《委托变卖合同》，委托拍卖公司变卖其桐庐项目的全部股权，变卖底价为10545万元，变卖时间为2004年12月6日之前；约定变卖标的在变卖中成交的，如成交金额在变卖底价以下则拍卖公司不收取佣金，如在底价以上则超出部分作为佣金，由拍卖公司直接从变卖款中扣除，并约定了变卖成交后的付款时间和方式。同日，双方签订《合作开发协议书》及《合作开发补充协议书（一）》，约定由拍卖公司全面负责桐庐项目的开发事宜，包括负责成立项目公司，支付全额开发收益款，并向房产公司额外支付2000万元定金作为前期开发费用的补偿。但之后拍卖公司并没有按照约定组织变卖，也没有支付2000万元定金。

2004年12月17日，双方签订《委托变卖补充合同》和《合作开发补充协议书（二）》。《委托变卖补充合同》约定成交之日拍卖公司支付房产公司2000万元，其中1000万元作为定金，1000万元用于项目公司注册。项目公司由房产公司持股51%，买受人持股49%，拍卖公司于项目公司成立之日向房产公司支付变卖价款5000万元，房产公司在收到变卖价款后办理股权结构登记变更手续，2005年3月30日向房产公司支付剩余价款，房产公司

---

* 刘为平，男，北京大学研究生毕业，擅长于民商事诉讼业务，上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师。

陈慧梅，女，毕业于浙江大学城市学院，从事民商事诉讼领域，上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师。

在收款后办理剩余股权转让手续。《合作开发补充协议书(二)》约定拍卖公司支付房产公司 2000 万元作为对其前期开发费用的补偿。同日,拍卖公司与杭州某置业公司(以下简称“置业公司”)宋某签订变卖成交确认书,变卖成交价为 13290.48 万元,约定宋某于变卖当日支付 2000 万元变价款,其中 1000 万元为预付款,1000 万元为项目公司注册资金,同时约定了股权的交割方式和时间。

2004 年 12 月 20 日,房产公司、拍卖公司与宋某三方签订了《委托变卖交割协议》,就需要交接和变更的资料和手续进行了约定。同日,拍卖公司指定的买受人宋某从其置业公司拆借 2000 万元汇入某经贸有限公司,当作买受人宋某向房产公司支付的 2000 万元变价款。房产公司按照拍卖公司的指令,从中借支 490 万元给宋某个人,由其出面与房产公司合资注册原约定由拍卖公司负责成立的桐庐某房地产开发有限公司(以下简称“桐庐公司”)。

2004 年 12 月 30 日,房产公司、拍卖公司与宋某签订了《关于履行委托变卖合同和变卖成交确认书的补充协议》,对宋某支付变卖价款的时间和金额作出了调整。2005 年 1 月 11 日至 26 日,置业公司共向拍卖公司支付变价款 4520 万元,由拍卖公司向房产公司支付 4120 万元,400 万元留作佣金。因各方在合同履行过程中发生争议,房产公司于 2005 年 6 月 23 日将拍卖公司、宋某诉至杭州市中级人民法院,要求解除房产公司与拍卖公司、宋某签订的一系列协议并赔偿损失。拍卖公司提起反诉,要求房产公司按照约定支付超出底价部分的变价款为佣金;宋某提起反诉,要求解除合同,并要求房产公司支付违约金。

争议焦点

本案经一审、二审、重审一审、重审二审四次审理,其争议焦点主要是:一、三方签订的委托变卖合同、合作协议及变卖交割协议一系列协议的效力;二、佣金的计算标准;三、违约责任的认定及处理。

审理判决

原告诉请理由

一审起诉时,原告认为买受人宋某没有实际履行合同的能力,要求解除与拍卖公司、宋某签订的一系列合同,并赔偿损失。一审审理过程中,因商务部办公厅发文禁止拍卖企业从事变卖活动,一审法院对合同效力进行释明并允许各方当事人变更诉讼请求。房产公司变更诉讼请求,认为与两被

告签订的《委托变卖合同》违反了我国《合同法》和《拍卖法》以及商务部的强制性规定，请求法院判令三方签订的相关合同协议无效，判令拍卖公司和宋某承担由其过错而给房产公司造成的直接损失，并将原诉请的10545万元拍卖底价变更为12545万元。

被告答辩理由

被告拍卖公司认为变卖底价为10545万元，不是12545万元。对于《委托变卖交割协议》和《关于履行委托变卖合同和变卖成交确认书的补充协议》，拍卖公司虽签章，但没有给予拍卖公司的任何权利义务，其作为受托拍卖方的义务已经履行完毕。至于买受人宋某的延迟付款行为，与拍卖公司无关。三方签订《委托变卖交割协议》和《关于履行委托变卖合同和变卖成交确认书的补充协议》之后，原来拍卖公司与房产公司签订的《合作开发合同》及补充协议就已经解除，但《委托变卖合同》仍然合法有效，故房产公司应当按照约定支付佣金。

被告宋某认为合同协议均合法有效，被告已经按照约定履行付款义务，相反是房产公司在收到部分变卖款后没有按照约定移交开发项目的土地资料、相关注册资料、变更规划许可证、土地使用权证、立项文件等资料，并且将涉案土地抵押导致无法过户，上述表明房地产公司存在违约行为。

两被告同时对房产公司提起反诉。拍卖公司要求房产公司支付23564800元佣金并承担诉讼费；宋某要求房产公司返还2400万元，支付利息损失200万元并承担诉讼费用。

一审审理判决

一审认为：根据我国法律的规定，拍卖作为有别于一般变卖活动的特殊买卖方式，必须由专门的中介机构即拍卖企业从事经营。拍卖企业须经行业主管部门的审核许可后方可办理工商登记。其作为一种中介服务性机构，与单纯的营利性机构不同，其依靠专业技能与职业道德提供专业化服务，赚取的是佣金而非差价，拍卖企业直接从事变卖活动，就由赚取佣金的中介服务性机构转变为赚取差价的营利性机构，不符合拍卖企业本身的性质以及行业的发展方向，亦会对正常的交易以及市场经济秩序造成冲击，损害公共利益。为此，作为全国拍卖行业主管部门的商务部办公厅已发文禁止拍卖企业直接从事变卖活动，据此，变卖对于拍卖企业而言，在近期内应属限制经营范围。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第10条关于“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法

规禁止经营规定的除外"之规定精神，以及《中华人民共和国合同法》第52条第一款第四项关于"损害社会公共利益"之无效情形，本案所涉合同应认定无效。根据《拍卖法》、《拍卖管理办法》的规定，商务部作为国务院负责管理拍卖业的部门，对全国拍卖业实施监督管理，故有权对拍卖企业的经营范围作出界定，本院据此以拍卖公司超越限制经营范围订立合同而认定合同无效并不违反最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第4条的规定。因一系列协议被认定无效后，各方当事人因无效合同而取得的利益应当返还，房产公司实际收到宋某6120万元款项，因在诉讼过程中双方已经调解返还5120万元，尚余1000万元由房产公司返还宋某。造成合同无效，各方当事人均有过错，因此造成的损失，由各方当事人根据过错程度承担相应责任。

一审最终判决：(1)拍卖公司与房产公司签订的《委托变卖合同》《委托变卖补充合同》、拍卖公司与宋某签订的《变卖成交确认书》、拍卖公司与房产公司及宋某签订的《委托变卖交割协议》和《关于履行委托变卖合同和变卖成交确认书的补充协议》无效；(2)房产公司于判决生效后十日内返还宋某1000万元；(3)驳回房产公司其他诉讼请求；(4)驳回拍卖公司反诉请求；(5)驳回宋某反诉请求。

二审审理判决

一审宣判后，拍卖公司与宋某不服，上诉至浙江省高级人民法院。

二审法院认为，变卖确不属于拍卖公司的经营范围，但最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第10条规定的所说的限制经营，包括主体限制和标的限制。结合本案，商务部办公厅商办建〔2006〕47号函件的性质系职能部门的规范性文件，虽然作为拍卖企业主管部门的商务部下属的办公厅对拍卖企业搞变卖行为认为"目前还不宜允许拍卖企业直接从事变卖活动"，但商务部办公厅这一意见并非法律、行政法规的范畴，不能据此认为拍卖企业从事变卖活动，主体上受到了国家法律、行政法规的限制；且商办建函〔2006〕47号函件也未明确在发文前业已发生的拍卖企业从事变卖活动应认定无效。本案中，依据房产公司和拍卖公司签订的《委托变卖合同》《委托变卖补充合同》和各方当事人无争议的事实，可确定房产公司委托拍卖公司变卖的标的为桐庐项目公司的全部股权，而股权变卖并不为我国法律、行政法规所禁止，故案涉标的不属国家法律、行政法规限制流通的范围。因此，原审法院认定一系列合同无效依据不足，上诉人上诉理由成立。原审法院适用法律错误，实体处理不当，裁定撤销一

审判决,发回重审。

重审一审

重审中,房产公司的诉讼请求改为撤销合同并赔偿损失。

重审一审法院认为:案涉《委托变卖合同》等一系列协议系各方当事人真实意思表示,并未违反法律、行政法规的强制性规定,予以确认。对于房产公司主张的解除与拍卖公司之间的《委托变卖合同》及《委托变卖补充合同》,法院予以确认。对于房产公司主张解除的与拍卖公司之间的《合作开发协议书》、《合作开发补充协议书(一)》、《合作开发补充协议书(二)》三合同,由于拍卖公司于庭审中表示同意,应认为双方对该三份合同已经协商一致予以解除,法院予以确认。对于房产公司与宋某之间围绕桐庐项目公司及相关的出让土地使用权和房地产开发经营权所展开的买卖合同关系,由于房产公司主张解除,宋某在反诉中也主张解除,应当认为双方在诉讼过程中就该买卖合同关系已经协议解除,依附于该买卖合同关系下的《变卖成交确认书》、《委托变卖交割协议》、《关于履行委托变卖合同和变卖成交确认书的补充协议书》三份协议也据此解除,法院对此予以确认。

对于宋某已经支付的1000万元定金,法院认为应适用定金罚则,房产公司按照已履行部分占总合同价款的比例向宋某返还4153348.86元。对于房产公司主张的因土地闲置而被罚款的损失,因未提出充分证据加以证明,故不予支持。

对于拍卖公司主张的佣金,因房产公司委托的变卖标的已经在变卖中成交,房产公司应当按照约定支付佣金。本案中变卖标的的成交价为13290.48万元,变卖底价为12545万元。按照双方约定,变卖底价以上成交价以下部分共745.48万元为佣金。因拍卖公司已从买受人处预留400万元,故房产公司还需支付345.48万元佣金。

因房产公司在合同履行过程中存在一定的违约行为,虽未直接导致合同目的不能实现,但对此造成的买受人的损失应当予以部分赔偿。

一审判决:一、解除三方当事人签订的《委托变卖合同》一系列协议;二、房产公司返还宋某定金4153348.86元、返还已付款400万元;三、房产公司支付拍卖公司佣金745.48万元,扣除400万元后,尚需支付345.48万元;四、房产公司支付宋某违约金200万元;五、驳回房产公司其他诉讼请求;六、驳回拍卖公司其他反诉请求;七、驳回宋某其他反诉请求。

重审二审审理判决

一审判决后,房产公司与宋某分别提起上诉。房产公司认为其与拍卖

公司是行纪合同关系，拍卖公司超范围经营，房产公司只能按照解除合同的约定向拍卖公司按1%支付佣金而非变卖合同的差价745万元；另根据《中华人民共和国拍卖法》和《拍卖管理办法》的规定拍卖公司可以向委托人和买受人分别收取不高于拍卖标的的5%作为佣金，故重审法院不应支持将巨额变卖差价全部作为佣金处理。同时认为本案定金罚则与违约金不能并用，房产公司不存在违约，故不应承担违约责任。

宋某上诉称其不能成为本案的适格被告，一审定金罚则适用错误，房产公司的行为构成违约应承担违约责任。

二审法院查明的事实与原判决认定的事实相一致，法院认为三方签订《委托变卖合同》及相关一系列协议系各方当事人真实意思的表示，内容不违反法律、法规的强制性规定，对其效力应予以确认。但因三方当事人均提出解除合同，故一系列协议应予解除。

关于佣金支付的问题，房产公司认为拍卖公司超范围经营，一审判决支付巨额佣金不当。二审法院认为拍卖公司虽属超经营范围经营，但最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法若干问题的解释(一)》第10条的规定，限制经营应包括主体限制和标的限制，从拍卖公司的行为看，不属于主体限制和标的限制的情形。商务部办公厅商办建〔2006〕47号函件的性质系职能部门的规范性文件，不属于法律、行政法规的范畴，不能据此认为拍卖企业从事变卖活动签订的合同无效；该函也未明确在发文前业已发生的拍卖企业从事变卖活动应认定无效。因此，房产公司这一诉请不予采纳。从双方签订的协议看，符合委托代理的法律特征，不属于行纪关系。根据双方协议的约定，一审法院认定变卖底价为12545万元并无不当。本案变卖标的的成交价为13290.48万元，拍卖公司可以该成交价以适当比例收取相应的佣金。根据《拍卖法》第56条的规定："委托人、买受人与拍卖人对佣金比例未作约定，拍卖成交的，拍卖人可以向委托人、买受人各收取不超过拍卖成交价5%的佣金。"因本案当事人约定的是变卖法律关系，法律没有相关规定，故参照《拍卖法》的规定，拍卖公司以不超过成交价5%的比例收取佣金，为664.524万元，扣除预留的400万元，尚需支付264.524万元。

根据协议及事实，房产公司违约在先，宋某此后未按协议履行付款义务不属于违约。因此房产公司无权要求适用定金罚则，原判决适用定金罚则不当，应予以纠正。房产公司违约在先，应按照协议约定支付买受人200万元违约金。

二审法院判决：一、维持一审法院解除相关合同协议的判决和驳回拍卖

公司其他反诉请求的判决；二、撤销其余相关判决以及诉讼费负担部分；三、房产公司返还宋某定金1000万元及变卖款400万元；四、房产公司支付宋某违约金200万元；五、房产公司支付拍卖公司剩余佣金264.524万元；六、驳回房产公司其他诉讼请求；七、驳回宋某其他反诉请求。

经典评析

本案自2005年6月23日房产公司提起诉讼开始，于2008年9月2日浙江省高级人民法院终审判决结束，历时三年多，经过了民事诉讼中的一审、二审、重审一审、重审二审的全部诉讼程序。本案历经四次审理的关键是各方当事人签订的《委托变卖协议》《委托变卖交割协议》以及因此产生的一系列协议的效力问题。

在本案一审审理过程中，恰逢商务部办公厅颁发了商办建〔2006〕47号函件，认为"目前还不宜允许拍卖企业直接从事变卖活动"，并在全国范围内对拍卖行业进行整顿。该文发布后，笔者作为原告房产公司的代理人，认为被告拍卖公司作为拍卖企业，是经拍卖行业主管部门审核许可后方可办理工商登记的特殊行业，其超越经营范围从事变卖活动所签订的合同，虽然根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第10条"当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效"之规定，本案中的协议不必然无效，但根据该条"但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外"之规定，以及商务部办公厅的商办建函〔2006〕47号文件的"不宜允许拍卖企业搞变卖"规定之精神，拍卖公司超越经营范围签订合同经营变卖业务，违反了国家限制经营的规定，属于无效，本案各种法律关系应恢复到合同未签订时的状态。一审法院采纳笔者的意见，以商务部办公厅的文件为参考，根据最高人民法院合同法解释一第10条的规定认定各方当事人签订的一系列协议无效。但二审法院认为最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第10条规定的限制经营包括主体限制和标的限制，从拍卖公司做股权变卖业务的行为看来，不属于主体限制和标的限制的情形。商务部办公厅商办建〔2006〕47号函件的性质系职能部门的规范性文件，不属于法律、行政法规的范畴，不能据此认为拍卖企业从事变卖活动签订的合同无效；该函也未明确在发文前业已发生的拍卖企业从事变卖活动应认定无效，故未采纳该观点。重审一审、二审法院均采纳该观点而认定合同无效。

根据法律规定，商务部是拍卖行业的主管部门，对全国拍卖企业实施监

督管理。商务部于2004年11月15日公布实施的《拍卖管理办法》，是法院审理拍卖纠纷案件的法律依据之一，其办公厅作为行业主管部门于2006年5月10日所发的《关于拍卖企业不得直接从事变卖业务的意见》原则上对于法院案件的审理也具有指导意义。但具体到本案，因涉及合同的效力问题，法院则采取慎重的态度。1999年《合同法》实施以后，进一步确立的合同当事人的意思自治原则，即尊重当事人的意思，一般不认定合同无效，除非是违反了《合同法》第52条的规定，损害了国家利益、集体利益、他人利益和社会公共利益。因此，本案拍卖公司虽超越经营范围从事变卖活动，违反了行业主管部门的规定，但在法律、行政法规没有对拍卖公司搞变卖活动作出禁止性规定并且本案各方当事人协议不损害国家利益、集体利益、第三人利益和社会公共利益的情况下，二审、重审一审、重审二审法院严格按照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第10条“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效”的规定，认定本案《委托变卖合同》及相关合同有效。

对于本案拍卖公司主张的2356.48万元的巨额佣金，重审一审法院根据其对变卖底价和成交价的认定，完全按照当事人的约定进行处理。笔者认为，目前虽然没有法律、法规对变卖作出规定，但拍卖行业的主管部门商务部的“不宜拍卖企业搞变卖”的态度是明确的，在法律规定空白的情况下，一审法院支持变卖协议约定的按照变卖底价和成交价之间的差额收取高额利润，将会助长拍卖企业搞变卖之风。重审二审法院参照《拍卖法》对佣金收取的规定处理本案佣金，虽然结果相差不大，但更符合商务部文件的规定。

本案一审判决后，因各方当事人均拒绝调解，因此从一审立案到结案，历经三载有余。从判决结果看，是房产公司败诉，拍卖公司和买受人胜诉，但“四审”的整个诉讼过程中，三方均付出了大量的人力、物力、财力和精力，回顾案件始末，实际上是胜者不胜，败者不败。因此笔者认为，在一些颇具争议的案件中，后退一步往往也不失为上策。

由精神疾病刑事案件引发民事纠纷的社会思考

——某人身损害赔偿案评析

金迎春　张利春*

案情简介

原告:老楚　马某　小楚

被告:A保安服务公司　B物业管理公司　冉某

2003年3月,A保安服务公司通过招聘考核将冉某招录为保安员。2005年4月18日,A保安服务公司将冉某派往B物业管理公司做保安工作。2005年4月26日,冉某将正在寝室睡觉的同事楚某及其女儿杀害。事后不久,冉某被公安机关抓获,后H市公安局安康医院作出精神疾病司法鉴定书认为,冉某患有精神分裂症(目前正处于发病期),无刑事责任能力。另据某医院门诊病历记录,冉某于2004年3月1月第一次前往医院门诊之时,经诊断为"D^{+},边缘状态"。此后,冉某屡次前往门诊治疗,至2005年2月21日止,共计在医院门诊多达20次。

原告认为,A保安服务公司在招录保安员冉某时疏于履行职责,致使将患有精神疾病的冉某招录为保安员,存在过错责任;B物业管理公司疏于管理,不加任何考核、接收冉某并导致悲剧的发生,因此,请求判令A保安服务公司、B物业管理公司与冉某互负连带赔偿责任,赔偿损失50余万元。

三原告先向X法院提起人身损害赔偿民事诉讼,经调解"撤诉",后向S法院起诉,被依法驳回,又向H市中级人民法院上诉,再回到X法院重新审理。前后跨越四个年度时间,历经四个法院周折,经受八位法官的审理,耗

* 金迎春,女,民商法学硕士,擅长企业投融资、公司并购、资产重组、房地产开发、金融信托产品等法律服务,浙江天屹律师事务所专职律师。

张利春,男,法学学士学位,参与多起企业并购、股权转让、资产重组、建筑工程、房地产开发等项目法律服务,浙江天屹律师事务所专职律师。

费大量司法资源，程序复杂，各方疲惫。天屹律师接受A保安服务公司的委托，参与了该人身损害赔偿纠纷案的诉讼。

争议焦点

法庭归纳的争议焦点有两个：

1. 冉某对楚某的被杀应承担怎样的民事责任？

2. A保安服务公司对楚某的被杀应承担什么责任？

法院审理调解

双方在人民法院的主持调解下，达成调解协议：

1. A保安服务公司出于人道主义考虑，自愿补偿原告老楚、马某、小楚三原告人民币35000元；

2. 原告老楚、马某、小楚自愿放弃其余诉讼请求；

3. 本纠纷为一次性解决，原告老楚、马某、小楚不得就该纠纷再向A保安服务公司、B物业管理公司、冉某主张任何权利。

经典评析

本案是一起因刑事案件而引起的人身损害赔偿案件，冉某患有精神分裂症（目前正处于发病期），无刑事责任能力，且家庭困难，没有赔偿能力。同时，由于A保安服务公司与B物业管理公司之间是劳务派遣型的用工模式，使本案变得错综复杂。天屹律师接受A保安服务公司的委托后，经过细致分析，重点从以下几个方面对诉讼思路进行了梳理：

1. 被告A保安服务公司在招录保安员过程中，应尽到什么检查和审核责任，是认定其是否应承担赔偿责任的关键。

天屹律师通过调查、走访，并调阅了冉某的刑事案卷材料，形成了一条完整的证据链来证明A保安服务公司在招录保安员过程中已尽到了应尽的义务，不应承担赔偿责任。

首先，2003年3月28日，冉某在被A保安服务公司录用之前，已经H市保安职业专修学校（Z省公安厅批准设立的保安人员培训机构）培训合格，取得《Z省保安员资格证书》和《Z省保安人员上岗证》。根据《H市保安服务管理办法》第13条规定，冉某具备了从事保安工作的资格条件，也符合A保安服务公司录用的条件。

其次，我国现行法律法规都没有规定招录保安员必须进行精神方面的检查，Z省文件规定的《公安机关录用人民警察体检标准》对公务员的招录

也没有要求进行精神方面的检查，更何况是保安人员的招录检查。同时，精神疾病的检查是需要通过专业的医疗机构才能诊断的，常规的体检根本无法识别。因此，A保安服务公司没有法定责任和条件对招用对象进行精神方面的检查。

第三，冉某是在A保安服务公司单位工作整整一年之后，即2004年3月1日才第一次出现精神异常，直到2005年4月才病变成精神分裂症，因此，原告诉称冉某在录用之前已有精神病症状显现，是与客观事实不相符的。

2.重点对冉某“D^{+}，边缘状态”的病理症状进行了核实和专业性的鉴定，明确要想发觉和识别冉某患有精神异常的病情，已远远超出A保安服务公司应尽的管理和注意义务。

天屹律师通过调取冉某刑事案卷时注意到，精神疾病司法鉴定书中对冉某发病前的表现描述是：平时性格内向，不喜欢交际，生活比较懒散，家庭中旁系三代无精神病史。在上述事实基础上，天屹律师通过询问冉某共事的保安人员对该事实进行进一步核实，冉某在工作期间只是性格内向，不喜欢交际，但并没有发觉其有明显的精神异常情况，言行与常人无异，可以进行正常的工作和生活，也无精神病史。天屹律师将上述事实情况及时向法院提交，致使法庭对事实有了进一步的了解并最终予以采信。

同时，天屹律师针对冉某的病理症状，也及时向法院申请了专家证人出庭作证，从医学角度上进一步分析和印证，冉某的言行与常人无异，可以进行正常的工作和生活，因此，要想发觉和识别冉某患有精神异常的病情，已远远超出了A保安服务公司应尽的管理和注意义务。进一步明确，A保安服务公司在招录及使用冉某过程中，已尽到了相关责任，对楚某的意外死亡，不应承担赔偿责任。

3.通过参照H市中级人民法院的经典判例，进一步明确冉某的故意杀人行为在非工作时间、工作地点、所实施的侵权行为，与其履行职务无关联性，A保安服务公司无需对此承担责任。

天屹律师根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件使用法律若干问题的解释》的规定，并参照H市中级人民法院2005年著名的“出租车乘客被害案”判例，着重向法庭陈述冉某的故意杀人行为在非工作时间、工作地点、所实施的侵权行为，与其履行职务无关联性，A保安服务公司也没有对冉某的杀人行为进行授权或追认。因此，A保安服务公司对冉某的行为无需承担责任。

凭借大量证据和深厚的法学功底，天屹律师的上述代理意见均被法庭采纳，切实掌握到了庭审的主动权。同时考虑到受害者家庭的实际困难，从社会稳定和谐的角度出发，与A保安服务公司进行了多次沟通，最终说服公司从人道主义出发，一次性补偿给原告人民币35000元，使该案得到了圆满的解决。

办案思考

天屹律师运用丰富的诉讼技巧，并通过与原告多次谈判和沟通，用情用法说服了对方，双方达成调解协议，切实维护了A保安服务公司的合法权益。同时，在办理该案过程中，天屹律师也注意到，目前，我国对精神病患者的监管及病理信息的监控上还存在不足，以至于在精神病患者在病发之前都不到有效的控制，实施犯罪之后，受害者的合法利益又得不到保护。因此，天屹律师建议在预防精神病患者犯罪上应做好以下几个方面工作：

1. 建立精神病患者档案。政府应与医疗机构挂钩，在医疗机构发现初始病发症状时，应及时建立病人档案，并将该档案信息及时反馈给政府有关部门，由政府部门把精神病患者的管理纳入社会治安综合治理大框架中，并把有暴力倾向的精神病患者作为重点人口管理对象，逐一进行登记、核实，督促监护人对其约束，并成立由派出所、居委会、村委会共同参与协调小组，与病人家属签订责任书。切实消除不安全的社会隐患，让精神病患者的家属得以解放，周围的群众得以安居。如本案中的医疗机构在冉某处于“D^+，边缘状态”期间，就及时将上述情况反馈给有关部门，或许本案的悲剧就不会发生，冉某的行为就可以得到有效的制止和监控。

2. 建立精神病患者致人损害的赔偿基金。由于很多精神病患者的家属对精神病患者的治疗已经花去了大量积蓄，在精神病患者致人损害后，已无力承担民事赔偿责任，造成大量受害者或受害人家属无法得到赔偿。政府部门应尽快出台关于成立精神病患者致人损害的赔偿基金及相关管理办法，并借此形成一套有效的赔偿机制，以社会的力量来解决此类问题。

法院判令当事人应当履行的合同能否解除

——李姓夫妻诉叶姓兄妹股权转让纠纷一案评析

赵箭冰　金伟文*



案情简介

叶姓兄妹二人系某商贸有限公司(以下简称商贸公司)的股东,叶妹持有80%股权,叶兄持有20%股权,商贸公司的注册资本为1000万元(人民币,下同)。2003年5月23日,因商贸公司开发一农贸市场缺乏资金,叶妹找到李妻,要求李姓夫妻共同投资开发农贸市场,初步商定商贸公司由李夫占58%股份,叶姓兄妹占42%股份,李妻表示同意。同日,李妻代李夫与叶妹签订了转让商贸公司股权的意向协议,并于当日向叶妹支付510万元。5月26日,李妻又向叶妹支付90万元,履行了全部的付款义务。2003年6月5日,叶兄和李妻签订了《股权转让协议》、《股权交割完毕证明》,对叶妹已收取的转让费情况予以确认。然而,2003年6月6日,叶姓兄妹又要求将各自在商贸公司中的股权全部转让给李妻、李夫,总价提升为1940万元。李妻虽感到为难,但仍表示同意,于是,又支付了300万元的转让款,并与叶姓兄妹签订了《关于商贸公司股份买断资本金走向情况的备忘》,明确商贸公司的股份由李夫和李妻一次性买断,李夫占58%股份,李妻占42%股份。买断资金为1940万元,李妻已经支付900万元,其余1040万元于2003年7月8日前付清。资金付清后,商贸公司办理变更登记手续,企业法定代表人同时变更为李妻。2003年7月4日,叶妹将商贸公司合同专用章、企业公

* 赵箭冰律师,男,浙江师范大学哲学学士,浙江大学法学硕士,中国政法大学民商法学博士研究生,主要办理投资(包括外商投资)、房地产、金融、公司等法律事务,浙江六和律师事务所专职律师。

金伟文,女,中国政法大学法学学士,主要提供公司法律事务、合同法律事务以及房地产法律事务等民商事领域的诉讼与非诉讼法律服务,浙江六和律师事务所专职律师。

章、财务专用章各一枚交给李妻。

此后，叶姓兄妹却拒不履行双方签订的股权转让合同，拒绝办理商贸公司股东变更登记手续及变更法定代表人。2003 年 7 月 7 日，叶妹作为商贸公司的法定代表人还在报刊上刊登商贸公司原公章、财务专用章遗失并作废的声明。7 月 8 日，李妻向公证处提存股权转让款 1040 万元，并通过公证处向叶姓兄妹发函，要求领取转让款和办理有关工商变更登记手续、移交手续，但叶姓兄妹均拒绝履行。

2003 年 9 月 15 日，李姓夫妻就叶姓兄妹及商贸公司的行为向一审法院提起诉讼，请求：(1)叶姓兄妹继续履行经签署后的股权转让协议；(2)商贸公司办理股东变更手续，将股东由叶姓兄妹变更为李姓夫妻，并将李夫和李妻分别以 58%和 42%的股份列入股东名册；(3)叶姓兄妹移交公司财务账目、证照等。

在一审诉讼过程中，叶姓兄妹的核心主张是：在《股权转让协议》中叶兄的签字非由其亲笔签署，而是他人伪造，因此，股权转让协议无效。为此，一审法院将股权转让协议和叶兄的签字样本委托司法鉴定，鉴定结论认定，股权转让协议上叶兄的签字和叶兄提供的签字样本完全一致。一审判决书认定，叶姓兄妹与李姓夫妻为转让商贸公司股份所形成的一系列文书合法有效，李姓夫妻支付股份转让款 900 万元，并根据备忘约定将余款 1040 万元向公证处提存，应视为已经依约履行完毕合同义务，叶姓兄妹的行为已经构成违约。一审判决判令叶姓兄妹继续履行与李姓夫妻签订的股权转让协议，由商贸公司办理股东变更登记手续，同时判令叶姓兄妹和商贸公司将公司财务账目、有关证照移交给李姓夫妻。

叶姓兄妹和商贸公司不服一审判决，同样以叶兄签字系伪造为主要理由向二审法院提出上诉。二审法院根据叶姓兄妹的申请，再次委托司法鉴定，鉴定结论为股权转让协议上的叶兄签字系由他人模仿签署。于是，二审法院于 2005 年 4 月 28 日作出裁定：撤销原判，发回重审。

重审中，一审法院重新委托司法鉴定。鉴定结论认为，股权转让协议中叶兄的签字与其在样本上的签字完全一致。2006 年 5 月 25 日，一审法院作出新的民事判决，支持李姓夫妻在 2003 年 9 月 15 日起诉时提出的诉讼请求。

判决后，叶姓兄妹不服判决，再次提起上诉。2007 年 4 月 25 日，二审法院作出维持原判的生效判决。

该案经历漫长的四年诉讼，终于尘埃落定。

但是，叶姓兄妹拒绝履行生效判决。而且，商贸公司在判决生效后，叶妹非法把持期间，又新增了800余万元的经法院调解的债务，加上原有债务，商贸公司已累计负债近5000万元。此外，由于叶姓兄妹拒绝履行股权转让合同的义务，在股权转让纠纷的诉讼期间，商贸公司还发生了巨额亏损，且商贸公司的债权人纷纷起诉，案件均已进入执行阶段。即使将农贸市场拍卖，所得款项也仅能清偿部分债务。商贸公司已处于严重的资不抵债状况，资产和股权均严重贬值。

面对如此状况，2007年7月23日，李姓夫妻以叶姓兄妹和商贸公司为被告，向当地中级人民法院提起诉讼，认为其之所以出巨资收购商贸公司的股权，是基于对当时商贸公司资产价值、股权价值的判断和对经营商贸公司资产所得利益的预期。但是，由于叶姓兄妹的违约，在经过了长达4年之久的诉讼和在此期间叶姓兄妹非法行使经营权，导致商贸公司严重亏损，股权已分文不值。李姓夫妻取得商贸公司的股权和法定代表人身份以及商贸公司的经营权已无法获得任何收益，更不可能通过经营去偿付债务和弥补亏损。叶姓兄妹对股权转让合同的根本违约已导致不能实现合同目的。请求判令解除与叶姓兄妹之间的股权转让合同；叶姓兄妹立即返还已收取的股权转让款，并向李姓夫妻赔偿损失。

本案经一审判决后，叶姓兄妹提起上诉。经二审法院审理后作出终审判决。



本案的主要争议焦点是：

1.本案是否属于“一案两诉”；

2.股权转让合同是否应予以解除。

叶姓兄妹的主要观点：

1.对于股权转让纠纷，李姓夫妻已通过诉讼程序请求人民法院判决叶姓兄妹履行股权转让的义务。但在法院作出生效判决后，又提出要解除该合同，违反民诉法的有关规定，与法理也有抵触，本案是一案两诉，因此依法应不予受理。法院应当驳回李姓夫妻的起诉。

2.对判决、裁定已经发生法律效力的案件，应按申诉处理。同时，原判决认定时隔四年，商贸公司所有财产已被拍卖等新的事由出现，也正是民事诉讼法规定受理再审情形的条件之一。

3.s双方间的股权转让合同依法不应解除。

李姓夫妻的主要观点：

1. 本案不属于一案两诉。

根据我国《民事诉讼法》的有关规定，法学界、法律界认定是否“一案两诉”的标准是：综合分析案件的诉讼主体、法律关系、诉讼标的、诉讼请求、基本事实等要素是否相同。根据上述标准，本案显然不属于一案两诉。同时，本案的事由也不属于前案再审的范畴。

第一，从诉讼请求来看，前案和本案完全不同。

前案中，李姓夫妻所提出的诉讼请求是依法确认合同合法有效并要求对方继续履行，其诉讼目的是取得商贸公司的股权。而本案中李姓夫妻所提出的诉讼请求是依法解除股权转让合同，其诉讼目的是解除股权转让合同，取回已支付的股权转让款。

第二，从基本事实来看，前案判决生效后，本案出现了新的事实。

首先，叶姓兄妹和商贸公司始终拒绝履行生效判决。

其次，前案判决生效后，李姓夫妻发现商贸公司已处于严重的资不抵债状态，其唯一的资产，也是李姓夫妻收购股权的利益所在——农贸市场，也即将被法院执行拍卖，从商贸公司消失。

第三，李姓夫妻认为，本案与前案尽管同为股权转让纠纷，但事实与理由、诉讼请求完全不同。因只有当出现了与前案所争议的股权转让合同效力有关的新的事实，才是前案提起再审的条件。而本案的新事由与股权转让合同的效力并无关系，不属于前案再审受理的范畴。

根据上述分析，本案的诉讼请求和基本事实与前案完全不属于同一案件，因此，不属于一案两诉。

2. 股权转让合同可以解除。

根据《合同法》的有关规定，当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的，当事人可以解除合同。联系本案，叶姓兄妹的行为已构成对股权转让合同的根本违约，李姓夫妻依法享有解除合同的权利。

第一，本案的股权转让协议是附有履行期限的合同，而合同标的物的价值在合同履行期限内是十分明确的，也是李姓夫妻能够接受的。李姓夫妻对实现合同目的，取得经济利益的预期建立在合同按期履行的基础上。合同期限对合同目的的实现具有决定性的意义。但由于叶姓兄妹和商贸公司迟延履行股权转让合同达四年之久，而在此期间，商贸公司的股权价值已贬值为负数，商贸公司的资产也将不复存在。在此情况下，如果股权转让协议

继续履行,李姓夫妻不但无法实现以 1940 万元的价格来获得注册资金为 1000 万元的商贸公司对应价值股权的合同目的,还将蒙受巨大的经济损失,而叶姓兄妹却会在违约过程中坐收渔利——不但不用返还已经收取的 900 万元的股权转让款,还能获得李姓夫妻在公证处提存的 1040 万元的股权转让款,而对于因其违约所造成的商贸公司的巨额债务却不用承担分毫。显然,李姓夫妻签订股权转让合同的目的不可能实现。

第二,因叶姓兄妹的根本违约而造成股权转让合同目的不能实现的情况下,双方之间的股权转让合同依法应当解除。李姓夫妻早在 2003 年就依约履行了受让方所应尽的付款义务,但始终没有取得商贸公司的股东身份。而叶姓兄妹在前案的审理过程中,始终否认股权转让合同的有效性,表明他们两人根本没有履行股权转让合同的诚意。叶姓兄妹和商贸公司的违约属于完全不履行合同的根本违约,表明了叶姓兄妹和商贸公司具有完全不受合同约束的故意,这是一种严重的违约行为,在此情况下,李姓夫妻有权选择解除合同。这完全符合我国现行法律的规定,也符合公平正义的法律原则。

第三,股权转让中的贬值风险应由违约者承担。股权转让和实物转让均会发生增值或贬值的风险,但区别在于发生的是市场风险还是违约风险。因叶姓兄妹根本违约而导致股权贬值,李姓夫妻不能实现合同目的的责任应由叶姓兄妹承担。此外,股权价值与公司净资产价值成密切相关的正比例关系。公司净资产价值越高,其股权价值也越高;公司净资产为零或负数,则其股权便毫无价值。商贸公司的唯一资产农贸市场被整体拍卖,所得款项只能用于清偿部分债务,商贸公司所剩的只有不断增长的债务,其股权已不值分文,李姓夫妻请求解除合同理所当然。

审理判决

一审法院经审理后认为:

1. 对于本案是否系一案两诉的问题:原股权转让合同纠纷案的主要争议焦点在于叶姓兄妹与李姓夫妻关于商贸公司的股权转让是否合法有效等问题。而本案系合同在确定有效可以继续履行的情况下,是否因叶姓兄妹的迟延履行、根本违约等造成合同目的不能实现,产生了法定解除合同的事由,以及造成的损失应否赔偿的问题,两案系存在不同的事由、不同的诉讼请求,故不属于一案两诉,不应适用"一事不再理"原则。

2. 关于股权转让合同是否应予以解除的问题:从前案近四年的诉讼情

况分析，叶姓兄妹和商贸公司提出“备忘”只是股权转让的意向，叶姓兄妹对叶兄在股权转让文件上的签名反复要求鉴定，以及叶妹在向李妻移交商贸公司部分印章、证照的情况下，叶妹作为商贸公司的法定代表人登报公告有关印章、证照的遗失声明以及叶姓兄妹拒绝履行其他合同义务等行为分析，结合叶妹一直作为商贸公司的法定代表人负责商贸公司的一切经营管理和股份受让、转让等操作，可以认定叶姓兄妹存在违约行为且迟延履行合同所约定的义务。叶姓兄妹掌控商贸公司至今，客观上已表明叶姓兄妹不愿意接受合同的约束，已经剥夺了合同协议当时李姓夫妻有权得到的期待权益，有违合同的公平原则。李姓夫妻也已举证证明叶姓兄妹迟延履行合同时间过长，及存在违约行为使合同目的不能实现，故应允许其解除合同，叶姓兄妹已受领的股权转让款应予返还。

根据上述认定，2008 年 4 月 18 日，一审法院判决解除李姓夫妻与叶姓兄妹之间的股权转让合同；叶姓兄妹于判决生效后十日内返还李姓夫妻股权转让款，并赔偿给李姓夫妻所造成的损失。

二审法院经审理认为：

1. 关于本案是否存有一案两诉，原审法院受理本案有无不当的问题，涉及前案民事判决书约束力是否及于本案。判断基于同一纠纷而提起的两次起诉是否属于重复起诉，应当结合当事人的具体诉讼请求及其依据，以及行使处分权的具体情况进行综合分析。当事人权利声明不同的两个诉讼请求可被视为不同的诉讼请求。结合本案，首先，前案中李姓夫妻提出的事实和理由是其与叶姓兄妹签订的股份转让协议有效继续履行；而本案中其提出的事实和理由是叶姓兄妹存有违约行为致使股份转让合同的目的不能实现，两者基于的事实不同。其次，李姓夫妻在前案提出的诉讼请求与本案提出的诉讼请求不同，前案是确认之诉、给付之诉；而本案是变更之诉、给付之诉，且前案与本案给付之诉的内容完全不同，前案与本案属于不同的诉，两者间相互不能替代或涵盖。再次，从情理上分析，如果因存有确定双方继续履行股权转让合同的生效判决，李姓夫妻就不再享有法律赋予当事人解除权，那么，就会产生违约方得不到法律的制裁，守约方得不到应享有的权利，这与公平、诚实信用的法律基本原则相悖。最后，本案是在前诉判决生效后李姓夫妻认为叶姓兄妹有根本违约行为致使其合同目的不能实现，而此属于另外发生的新事实，当事人基于该事实而主张相应的实体权利，不受前诉判决既判力的遮断，前案的判决既判力并不及于本案。因此，原审法院受理本案并无不当。

2. 关于本案股权转让合同应否解除。二审法院认为，这必须具备两个条件，即叶姓兄妹是否有违约行为构成根本违约，且使得李姓夫妻不能实现股份转让协议的目的。那么，首先，根据双方当事人提供的证据证明，叶姓兄妹至李姓夫妻本案起诉前，未履行前案生效判决确定的履行义务，因此，叶姓兄妹存有违约行为且已构成根本违约。其次，李姓夫妻签订本案股权转让协议的目的，是享有商贸公司股份，取得具有一定价值的商贸公司的股权，对商贸公司享有经营权，以获取投资收益和经济利益。然至李姓夫妻起诉前夕，商贸公司的债务明显大于债权。因叶姓兄妹的违约行为，使得商贸公司的资产价值大大低于其股权转让协议签订时的资产价值，致使李姓夫妻在签订协议时以1940万元取得商贸公司相应股东权利及经营所产生的投资利益和经济利益的合同目的不能实现。根据《中华人民共和国合同法》第94条第（四）项规定，法律赋予非违约方在违约方的违约已构成根本违约的情况下，享有解除合同的权利。

2008年10月25日，二审法院作出终审判决，驳回叶姓兄妹的上诉，维持原判。

经典评析

本案当事人围绕这起股权转让纠纷，先后提起两次诉讼：一次确认之诉，一次变更之诉。两次诉讼经过确认之诉的一审、二审、重审一审、重审二审和变更之诉的一审、二审共六次审理，历时五年之久。

其时间之长、程序之繁，所涉及的民事法律问题之多，仅凭本文的篇幅，难以一一述及。在此，择其要言之。

本案变更之诉的核心问题是：经人民法院生效判决判令应当履行的合同能否由当事人另行起诉予以解除？由此，可引出三个方面的法律问题：

1. 从程序上看，本案是否一案两诉，当事人能否就解除合同重新提起诉讼。

为维持法院裁判的既判力，提高诉讼效率，避免发生相互抵触之裁判，对判决、裁定已经发生法律效力的案件以及法院正在审理的案件，法律规定当事人不得再行起诉。对当事人来说，此谓不得一案两诉；对法院而言，则是不得再次受理同一案件。这就是“一事不再理”原则。

我国《民事诉讼法》第111条第（五）项规定：“对判决、裁定已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告按申诉处理，但人民法院准许撤诉的裁定除外。”对此规定，有人认为这是“一事不再理”原则的体现，有人则

认为我国《民事诉讼法》并未确立一事不再理的原则。然而，比较一致的观点认为，上述规定并没有明确一案两诉或者一事不再理的适用标准。对此，理论界众说纷纭，莫衷一是。因此，在实践中，对于案件是否属于一案两诉，应否适用一事不再理的原则产生歧义便不可避免。

实践中比较通行的观点认为，所谓"一事"是指同一当事人、同一事实和理由、同一诉讼请求，称为"三同论"。笔者认为，这一观点在理论上言之有据，在实践中容易掌握。从理论上分析，所谓同一案件，即为同一个诉，不同的案件则为不同的诉。一个完整的诉包括当事人、诉讼标的、案件事实、诉讼请求等要素。这些要素的不同构成了此诉与彼诉的区别，而这些要素相同则成为同一个诉。据此，上述要素是否相同则可以成为判断一案两诉的标准。就实践而言，上述要素中的当事人、案件事实、诉讼请求等标准十分明确，容易理解，较少会发生歧义。因此，根据上述要素判断是否一案两诉，能否适用一事不再理原则显得较为科学、合理。

本案一审和二审判决书以案件的事实与理由和诉讼请求等要件是否相同为标准，对案件是否构成一案两诉加以详细的分析，最终作出了本案不属于一案两诉，李姓夫妻重新提起诉讼不适用一事不再理原则的明确判断。二审判决书在说理中还通过对两案诉讼请求的分析，得出了本案与前案系两个不同之诉的结论，以诉的理论为"三同论"提供了依据。此外，二审判决书在分析案件事实时，不仅指出两案事实本身的不同，而且还指出两案事实在发生时间上的不同，即本案的事实发生于前案生效判决之后，据此引出了前案生效判决的既判力不能遮盖本案的结论，丰富了对案件事实的分析方法。本案生效判决对如何认定一案两诉，是否适用一事不再理原则的标准和分析方法等作了十分有益的探索，应能成为理论研究的有效例证和司法实践的重要依据。

2. 从内容上看，当事人诉请解除合同与生效判决判令应当继续履行合同是否抵触，守约方行使解除权是否受生效判决限制。

本案李姓夫妻经过四年之久的漫长等待，两级法院耗费了大量的诉讼成本，最终作出了继续履行合同的生效判决。而此时，李姓夫妻竟然放弃其苦苦寻求的胜诉结果，重新提起解除合同的诉讼。由此产生了题述之问题。

笔者认为，生效判决判令合同继续履行的义务和责任要求是针对违约方而不是针对守约方的。对守约方来说，生效判决的判令赋予其所诉请的权利；对违约方来说，生效判决则是要求其履行义务和承担责任。基于此，权利方有权选择放弃权利而义务方则必须履行判决。

生效判决所判令的义务指向是应当履行义务的当事人，即其必须依照判决履行义务。如果该当事人不履行义务，国家法律则赋予了该生效判决有强制执行的效力。而对于权利方来说，是通过生效判决取得了相应的权利，可以依照国家法律申请以强制执行的方式最终实现其权利。可见，权利方在生效判决中并无义务，生效判决对其没有履行义务的约束力。但是，权利方行使权利则有法定的期限。根据我国《民事诉讼法》的有关规定，权利人如果超过法定的申请执行的期限，则自动放弃了申请强制执行的权利。既然法律允许权利人在法定期限后放弃自己申请强制执行的权利，那么，法律当然允许权利人在法定期限内主动放弃自己通过诉讼而取得的权利。对此，生效判决的判令对权利人并无约束。.

从民事诉讼的过程来看，民事诉讼发生的前提是当事人行使其民事权利。民事审判的结果虽然由审判机关作出，但也是根据当事人的主张所作出的，其后果由当事人承担。可见，民事诉讼活动是以当事人的权利义务为核心的。民事判决的强制力、权威性均以权利人是否行使判决所判令的权利为前提。如果当事人不行使权利，则民事判决不发生执行力的问题。当事人在民事诉讼中的权利可由权利人自由行使、处分，包括其通过诉讼所获得或被确认的权利。据此，当事人根据新的事实，权衡利弊后选择放弃生效判决所给予的权利应能够得到法律的认可。

可见，本案当事人诉请解除合同与生效判决判令履行合同并不抵触，守约方放弃因生效判决所取得的权利而选择行使解除权不受前案生效判决的限制。本案生效判决书的认定也印证了这一观点。

3. 从要件上看，本案合同的解除是以前案生效判决为依据还是以法律规定为依据。

如前所述，本案从诉讼程序上已不受前案生效判决既判力所覆盖，从诉请上不受前案生效判决内容所约束，因此，本案必须排除前案生效判决的影响，独立地选择合同解除的标准。对于合同的解除要件，我国《合同法》有非常明确的规定。如果排除了前案生效判决的影响，只要依照《合同法》的相关规定，联系本案所认定的事实，一一加以对照便可得出正确的结论。本案一审和二审判决书在认定合同是否应当解除过程中，都是以《合同法》的规定为条件依据，作出了解除合同的判决，其思路是正确的。

汇票空白背书引起的诉讼

——沈某诉钱某、某证券公司某某营业部侵权案评析

唐　满　徐　光*

案情简介

原告：沈某

被告：钱某

被告：某证券公司某某营业部（以下简称营业部）

原告沈某与被告钱某系委托理财关系，沈某委托钱某代为投资股票。2003年4月，原告将两张面额均为300万元的银行汇票交给被告钱某，该汇票系由他人以原告为收款人开具的汇票。在汇票交付被告时，汇票权利人原告在汇票背书人一栏中签字确认，但没有在被背书人一栏中签署被背书人的姓名，即被背书人一栏为空白。被告钱某拿到汇票后就向被告营业部出示该汇票要求入账，被告营业部在审查票据后，在汇票空白被背书人一栏中盖上营业部的章，由被告钱某持票向银行提示付款，该款项依法进入营业部的银行账户，被告钱某携银行进账单在被告营业部填写进账单，要求将该款项划入其在营业部的资金账户，营业部按钱某的要求将资金划入，后来因投资失误，资金亏损殆尽。现原告起诉被告钱某和营业部，认为被告钱某超越代理权，其原本的意思是委托被告钱某将该票据资金存入自己在营业部的资金账户中，现被告钱某将其资金侵占，已构成侵权，且营业部没有理由将权利人是原告的票据下相应的资金存入他人资金账户，其行为构成共同侵权，故要求两被告共同承担侵权责任。

---

* 唐满，男，毕业于中国人民大学，主要从事公司、证券等领域，浙江浙经律师事务所专职律师。

徐光，男，毕业于华东政法大学，主要从事公司、证券、涉外等领域，浙江浙经律师事务所专职律师。

争议焦点

营业部的行为是否构成侵权，该票据的权利人如何认定。

审理判决

一审法院认为被告营业部在收到汇票后，以自己的名义提示银行付款收到款项，在没有背书也没有原告授权的情况下将该款项划入被告钱某的资金账户，最终该款项被被告钱某挪用炒期货损失殆尽，其行为已构成侵权。原告在营业部设有资金账户，其委托被告钱某转交给营业部的汇票上明确载明收款人系原告本人，而被背书人栏内未记载被告钱某的姓名。汇票作为文义证券，汇票上的一切权利义务，必须严格按照其上记载的文义而定，文义以外的任何理由不能作为汇票权利的依据。被告营业部作为从事金融业务的机构，根据汇票记载的文义，理应知晓被告钱某既非汇票的收款人，亦非因背书而获得票据权利的持票人，且被告钱某无原告拟将款项给付的合意凭证。被告营业部在以最后持票人身份向代理支付行提示付款获得款项后，擅自划入被告钱某的账户，致使原告丧失了对上述款项的控制，使被告钱某挪用成为可能，其行为与被告钱某的行为直接结合导致了本案损失结果的发生。两被告的行为构成共同侵权，对于由此给原告造成的损失，两被告应共同承担赔偿责任。

被告营业部不服一审判决，提起上诉。经审理，二审法院认为：被上诉人沈某在汇票背书人栏内签字而未记载被背书人名称，该背书属于空白背书。虽然《中华人民共和国票据法》规定汇票背书转让时必须记载被背书人名称，但《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第 49 条基于票据流通性之考虑，对票据法的该项规定作了相应解释，即“依据票据法第 27 条和第 30 条的规定，背书人为记载被背书人名称即将票据交付给他人的，持票人在票据被背书人栏内记载自己的名称与背书人记载具有同等法律效力”。为此，票据法司法解释实际上是有条件承认了票据的空白背书。本案中，因票据法司法解释承认持票人对空白背书票据中被背书人名称的补记权，沈某将汇票空白背书交给钱某后，钱某或接受票据的其他人可以在补记被背书人名称后即构成完全背书，沈某据此已经丧失了对本案票据款的控制权。而且目前并无充分证据证明营业部明知或放任钱某的侵权行为。故上诉人营业部在本案中的行为与被上诉人沈某的资金被钱某挪用造成的损失无因果关系，一审判决不当，应予以纠正。

经典评析

二审法院在综合认定本案事实后，虽然没有就本案的事实进行最终的法律判断，但就案件事实结合相关法律法规作出了尊重事实和法律的判决。

笔者同意二审法院的观点。现就本人在本案中的代理观点表述如下：

一、从本案事实看，原告沈某和被告钱某系委托代理关系，而且沈某对钱某的授权没有任何限制

原告诉称其自 2002 年开始就委托被告钱某进行股票买卖。2003 年 4 月 7 日和 4 月 21 日分别将两张 300 万元的汇票交给钱某办理资金人账事宜，从两者的长期合作关系可以看出两者是委托代理关系，原告诉称要求钱某将资金转至原告自己资金账户，但原告并没有明确授权范围，也没有将该授权范围通过任何形式表达给营业部。原告将汇票背书人一栏填写完毕后，且被背书人一栏为空白的情况下交给被告钱某，按照《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第 49 条的规定，背书人未记载被背书人名称即将票据交付他人的，持票人在票据被背书栏内记载自己的名称与背书人记载具有同等法律效力。我们认为原告在明知的情况下还将被背书栏空白的汇票交给钱某，但没有任何对钱某授权限制的措施，营业部有理由相信该汇票的持有人是被告，即使知道是原告和被告钱某之间的委托理财的款项，营业部也没有理由不相信原告是对钱某的无限授权，钱某有权代表原告指示款项进任何账户。

二、原告对汇票的失控负有全部的过错责任

1. 原告交付给被告钱某的汇票是经背书人背书，但被背书人空白的汇票，此时被告钱某已经实际拥有该票据的全部权利，原告在此时已经丧失对票据的控制权，原告对这一点是明知的，或至少是应当知道的。

2. 整个过程中手续全部由被告钱某办理，这一事实原告也当庭认可。这一事实导致的法律后果就是营业部也有理由相信被告钱某有权将该票据中对应的资金要求营业部进入任何账户，甚至被告钱某可以将该汇票不入营业部的账户，而是入任何第三人的任何银行账户。如果原告要求将该票据中的资金划入原告自己的资金账户的话，要么其亲自来办理，要么原告给营业部一份书面的授权范围说明，亦或者在票据上对被背书人作相应的记载。但原告都没有做，因此，原告应当对票据的失控承担全部的责任。

三、原告和被告钱某之间存在长期的投资合作关系，原告的损失实为投资损失，与营业部无关

原告与被告之间的投资合作关系，原告对被告钱某的投资能力充分信任，早期也获得了丰厚的投资回报，但风险和收益是并存的，被告钱某后期的投资失败导致了原告的损失，该损失与营业部没有任何关系。原告辩称损失系原告丧失对该资金的控制权造成，而营业部的行为和钱某的行为构成无意思联络的共同侵权，共同导致原告对该资金的控制，所以双方应当对该损失承担赔偿责任。我们认为该观点不能成立。首先对资金的控制从原告将该经填写背书人，而被背书人空白的汇票交给被告钱某的那一刻起，原告已经丧失对该资金的控制权，如前所述，被告钱某甚至可以不将该票据资金汇入营业部，而汇入自己的其他账号，所以损失控制是原告自己的过错造成的，也即丧失控制说即便成立也不能说明营业部存在过错，该损失依然与营业部无关。况且本案损失的实际产生显然是投资失败造成的，原告不能因投资产生损失且被告钱某无力偿还转而要求营业部承担，这无疑会给整个证券行业产生巨大的负面影响，营业部已经对投资的风险做了非常明确的提示，投资人应该自行对投资损失负责。

四、原告全权委托被告钱某进行投资操作，对被告钱某的任何与投资有关的行为都予以放任

原告对钱某的投资是全权委托，对钱某的任何行为都给予了放任。原告对钱某的全权委托已经达到极至，最终导致无法控制，原告对本案的损失应承担全部的责任。

五、票据行为和普通民事行为的区分

本案中原告是涉案票据的一个前手，即出票人以原告为收款人委托银行开具了汇票，原告以空白背书的形式将该汇票交给了被告钱某，钱某占有了该汇票，钱某向营业部出示该汇票要求入账，营业部在被背书人处签章并提示银行付款，待银行审核通过后，该票据款项进入了营业部在银行的账户，即客户的保证金账户。至此，该票据行为因银行的付款行为终止而终止，在被告钱某凭银行的进账单（证明营业部已经收到该笔款项）要求营业部将该款项划入其在营业部的资金账户下时，该行为已经脱离票据关系而成为一个普通的民事关系。当钱某持空白背书的汇票至营业部要求入账

时，营业部对汇票进行审查，在审查时依据上述司法解释给予的持票人对空白背书的补记权可以明确该汇票的权利人系持票人，即钱某，但此时营业部忽略了一点，就是没有要求钱某在空白背书处填上自己的名字，再以钱某的名义背书给营业部，营业部以最后的权利人身份提示银行付款，但这一工作上的疏忽并不能否定该票据在此时点的权利人是钱某的事实。当营业部直接在空白背书处签章，即说明了营业部是最后的权利人，而且从票据的本身来看系原告背书给营业部的，原告正是基于这一点认为营业部应当依据票据的文义性将票据所涉款项划入其在营业部的资金账户下。我们认为如果银行将该款项没有划入营业部的账户，而是将资金直接划入被告钱某的账户下的话，银行是存在过错的，因为银行没有严格按照票据的文义性履行票据义务，但银行按照文义票据将款项存入了营业部的账户下，至此，票据行为终结。至于营业部将资金划入谁的资金账户是另一个普通的民事行为，营业部基于事实，将原具有票据权利的钱某存入营业部在银行的账户下的资金划入钱某的资金账户下具有事实和法律依据，事实依据就是钱某合法持有由原告空白背书给钱某的汇票；法律依据即是上述的关于票据的司法解释，空白票据的持有人可以视为票据的权利人。营业部依据该事实和法律将款项划入钱某的资金账户合法合理，虽然随后的票据上显示的是原告背书给营业部，但各方当事人对该票据的空白背书过程均予以认可，换句话说，该空白背书的事实得到了各方当事人的确认，我们不能仅抓住所谓的票据的文义性原则僵硬地理解，更不能将票据行为和与票据有关的普通民事行为相混淆。

总之，笔者认为营业部的行为不构成侵权，更不可能与钱某构成共同侵权。从上述分析中不难看出钱某在向营业部出示汇票之前是票据的权利人，拥有票据的支配权，这是一个既成的事实，因此本案经过二审撤销一审判决，改判营业部不承担责任是具有事实和法律依据的。

当然，我们也认为，营业部如果能够在看到钱某持有的汇票系空白背书点的汇票时，要求钱某在被背书栏中签上自己的名字，那么这场纠纷是可以避免的，营业部在这场诉讼中也得到了应当规范使用汇票的教育。

民政局是否具有原告资格？

——评某区民政局诉赵某、梁某、某汽车运输公司道路交通事故人身损害赔偿纠纷一案

金伟勋*

案情简介

梁某自筹资金购买一货车挂靠在某汽车运输公司名下从事货物运输，聘用赵某（无机动车驾驶证）作为随车押货人员。2008 年 5 月 18 日晚，该车装满货物后停在某区工业园两道路交叉口附近的道路旁，赵某作为押货人员便在车上休息。因天气转变将要下雨，一男子（以下称无名氏）躲到该车车身下休息。赵某见有雨，便发动汽车欲将该车开至其他场所避雨，结果不知道车下有人，左前、后轮胎碾压该无名氏造成该男子腹腔内脏器损伤、大出血。该无名氏后被送往医院救治，经抢救无效于次日死亡。事故发生后，赵某驾车逃离现场，交警部门经过数日走访调查最终将其查获，后以涉嫌交通肇事罪将其刑事拘留。交警部门经过现场勘察及取证，认定赵某负事故的主要责任，无名氏负事故的次要责任。事故发生后，交警部门多处张贴告示、登报公告并通过多家电视台寻找无名氏家属，但仍未找到该无名氏家属。

2008 年 8 月 28 日，某区民政局作为原告向某法院提起附带民事诉讼，要求肇事者赵某、实际车主梁某、车辆挂靠单位某汽车运输公司连带赔偿原告死亡赔偿金、丧葬费等共计 426907 元。本律师接受车辆挂靠单位某汽车运输公司的委托作为某汽车运输公司的代理人出庭参加诉讼，提出了以下两个鲜明的观点：(1)本案某民政局不具备原告的主体资格。(2)即便某汽车运输公司要承担民事赔偿责任，某民政局所主张的赔偿标准、数额都过高。

---

* 金伟勋，男，毕业于浙江大学法律系，浙江国圣律师事务所律师。

争议焦点

1. 本案民政局是否具有原告主体资格？

2. 身份不详人员死亡后死亡赔偿金应按居民标准还是按农民标准计算？年龄不详的，赔偿年限如何计算？

审理判决

本案事故发生后虽经多方查找，被害人身份至今尚未明确，也未找到被害人家属。经鉴定，被害人年龄也只能初步认定在50—65岁之间。

法院经审查认为，附带民事诉讼原告某区民政局与本案被害人之间并不存在直接利害关系，不具备就本案被害无名男子的死亡提出要求被告人赵某、梁某、某汽车运输公司等三主体承担人身损害赔偿责任的主体资格，故依照《中华人民共和国民事诉讼法》第108条的规定，裁定驳回附带民事诉讼原告某区民政局的起诉。

经典评析

发生交通死亡事故后，被害人身份无法确定的案件在全国很多地方都有陆续出现。对于民事赔偿事项的处理却各有不同，有的肇事方只支付丧葬费用，有的因无人主张就这样不了了之，有的由道路交通事故救助管理部门进行处理，也有的则以当地民政局作为原告向法院提起民事诉讼要求侵权人或车主及保险公司承担赔偿责任。在民政局代为起诉的案件中，法院审理判决的结果往往会出现两种截然不同的结果，要么支持民政局的诉请，要么以其不具备原告主体资格予以全盘驳回。

笔者接案后，主要从原告主体资格上入手开始分析问题并查找该方面的资料和留意相关案件的报道。据笔者获悉，类似的案件在江苏高淳、山东齐河、杭州滨江、浙江桐庐等地都有发生。唯独江苏高淳的案件和本案，法院均判决民政局败诉，而在其他几个案件中民政局都是胜诉的。

笔者认为，原告不具备本案的主体资格，主要有以下两方面的理由：

一、死亡赔偿金的性质规定只能是补偿给其亲属的，而不是单位或者其他组织

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）将死亡赔偿金界定为死者因他人致害死亡后由加害人给其亲属所造成的物质性收入损失的一种补偿。据此，享有损害赔偿请求权

的是间接受害人，即死者近亲属。对身份无法确认的交通事故死亡人员，又无近亲属或近亲属尚不明确的，由谁作为赔偿权利人或诉讼主体主张权利？我们认为，关于人身损害赔偿权利人的范围问题，《解释》第1条第二款明确规定：赔偿权利人，是指因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身损害的受害人、依法由受害人承担扶养义务的被扶养人以及死亡受害人的近亲属。据此，赔偿权利人似乎只能是自然人，而不能包括法人单位或其他非法人组织体。

二、目前为止，民政局作为原告诉讼尚无明确法律法规依据

涉及道路交通事故人身损害赔偿的法律法规主要包括《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国道路交通安全法》、《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》、《中华人民共和国民法通则》、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》等。综合上述法律法规及司法解释，凡涉及自然人身体受到伤害主张赔偿权利主体中，只规定了被害人本人、代理人、亲属或者是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织才可以提起诉讼要求赔偿。目前为止，我们国家还没有一个法律法规明确规定身份无法查明的人死亡时民政局可以代为提起诉讼。所以，民事诉讼的原告资格没有法律依据支撑。

那民政局缘何会越俎代庖呢？主要是在出现这种情况后，当地检察院一般会提出建议要求其起诉，况且民政局本身也承担了一部分社会救助职能，是国家的慈善机构。民政局也认为，他们不起诉就没有任何单位来帮助受害人家属维权，他们取得权益后可以先行代为保管赔偿款项，事后发现受害人家属也可以直接给付，如果确实没有查找到受害人家属也可以将这部分费用用作公益事业，回报社会。

那么，是不是关于这个问题任何法律法规包括地方性法规都还是完全空白呢？出现这种情况后，到底该如何来处理呢？既然上述几大法律还没有规定明确，笔者只能试图从地方性法规中查找，终于在一些地方性法规中找到了部分答案。如：《广东省道路交通安全条例》（自2006年5月1日起施行）第52条规定："交通事故死亡人员身份无法确认的，其死亡赔偿金按照事故发生地的上一年度城镇居民人均可支配收入计算二十年。其死亡赔偿金，交由道路交通事故社会救助基金管理机构代为保存。"广东省高级法院、广东省公安厅《关于〈道路交通安全法〉施行后处理道路交通事故案件若干问题的意见》第31条规定："交通事故死亡人员身份不明，肇事方同意赔

偿的，死亡人员按照城镇居民的标准计算赔偿费用。经法医鉴定死亡人员男性年龄在二十三周岁以上、六十周岁以下，女性在二十一周岁以上、五十五周岁以下的，被扶养人推定为 1 人，被扶养人生活费计算 10 年。‘无名尸’的损害赔偿费用交由道路交通事故社会救助基金管理机构提存。”这两个规定虽然称“交通事故死亡人员身份不明”的死亡赔偿金由道路交通事故社会救助基金管理机构代为保存”，但前提是“肇事方同意赔偿的”，并未明确肇事方不同意赔偿的，道路交通事故社会救助基金管理机构能否作为赔偿权利人向人民法院提起诉讼的问题，应当说还是存在立法疏漏，当然这里还有一个立法权限的问题。另外，浙江省也有这方面的规定。《浙江省交通事故处理办法》第 60 条规定，县级以上人民政府应当设立道路交通事故社会救助基金。第 61 条第四款中规定，交通事故死亡人员身份无法确认的，参照城镇人口赔偿标准，其损害赔偿金由道路交通事故社会救助基金管理机构提存保管。据此，在浙江省内出现交通事故死亡人员身份无法确认的，赔偿款项的保管权利只能由当地的道路交通事故社会救助基金管理机构来行使，其他任何单位都无权行使。

笔者认为，浙江省的这个地方性法规也和广东省的相关规定一样，并没有解决本案所涉及的根本问题，只是提到了提存保管赔偿金的权利及计算标准而没有具体到肇事方不愿主动赔偿时谁可以代为起诉。况且浙江省内的区县普遍还没有设立道路交通事故社会救助基金，这个规定至今也还是形同虚设。法院通过法庭调查，也查明某区至今也未成立道路交通事故社会救助基金，所以法院认定某区民政局不具备原告主体资格，裁定驳回民政局的起诉是正确的。

无名氏因交通事故而死亡的事件不可能完全避免，侵权人和责任人（包括保险公司）是否都可以不承担赔偿责任呢？不能让责任人没有制约，也不能让受害人家属错失索赔机会。这样的事件以后还会发生，法律法规及很多省市地方性法规在这个问题上至今仍是空白，没有法律依据，民政局以后还是要输官司。依法治国早已写入宪法，期待国家立法者能尽快研究制定相关法律法规，对本案所涉问题进行全面规范。

一审、二审认定口头居间合同存在，再审终推翻

——评斯某诉某管理局居间合同纠纷一案

李根美*

案情简介

原告（二审被上诉人、再审被申请人）：斯某

被告（二审上诉人、再审申请人）：浙江省某管理局

2001年9月18日，被告将其所有的某风景区114号别墅由其下属部门房产基建科移交给另一下属部门物业管理中心管理及对外招租，因种种原因一直未成功。为此，某管理局作出会议纪要：物业管理中心招租成功，可提成租金的20%为中心所用。原告系物业管理中心员工。2003年10月，原告与物业管理中心洽谈，提出由其出面招租，一旦租赁成功，需5%提成。物业管理中心对原告的要求表示需请示被告领导。经原告与上海客户黄某等人洽谈招租事宜，促成了被告与黄某就114号房屋租赁一事达成协议。2003年11月1日，被告与黄某签订了租赁合同，合同租金420万元。同年12月19日，原告又与黄某达成补充协议，延长租赁期限，增加租金80万元。合同签订后，黄某向被告支付了全额租金。2005年8月29日，原告向物业管理中心报告，要求支付报酬25万元。同年12月23日，物业管理中心将原告的要求向被告请示，并表明奖励之事当时得到被告原局长的口头同意。2006年4月16日，被告有关领导答复，对引资人原告的奖励应由物业管理中心支付。物业管理中心以无权、无钱为由不予支付。

原告于2006年9月26日在某县法院向被告起诉。请求被告支付居间报酬25万元及逾期付款利息。被告辩称，双方当事人从未以口头或书面形式签订过居间合同，本案不属于居间合同纠纷等，要求驳回原告诉讼请求。

---

* 李根美，女，毕业于华东政法学院，主要从事公司、证券、知识产权、金融等法律事务，浙江浙经律师事务所专职律师。

该案共历时两年半，经历了一审、二审和再审，终有定论。

争议焦点

本案一审、二审、再审三个程序中，争议焦点虽然也涉及原告是否适格诉讼主体等问题，但是核心的争议焦点都是双方当事人之间是否存在口头居间合同关系，这也直接决定了本案的结果。

审理判决

一审法院根据原告提供的证据：原告出具的《关于要求提取引进房屋发包奖金的报告》（以下简称“《报告》”），物业管理中心出具的《关于某风景区114号别墅租赁情况说明》（以下简称“《说明》”）和《关于114号别墅租金分配一事》（以下简称“《租金分配一事》”）以及相应的交接和会议纪要等，认定双方之间已就原告根据被告下属部门物业管理中心的委托，为被告114号房屋租赁一事提供订立合同的媒介服务，促成租赁合同成立的，提取5%的报酬一事达成一致，已经形成了口头居间合同关系。据此，原告要求获得居间报酬的请求予以支持，但是延长租赁期限的协议与原告的媒介服务不具有直接关联性，因此对应的80万元合同金额，原告不享有报酬请求权。逾期付款的违约金应从原告向被告主张支付报酬的2005年8月29日起计算，酌定为1万元。一审法院于2007年9月12日判决，被告向原告支付报酬21万元，逾期付款利息1万元，合计22万元。

被告不服一审判决，向某市中院提起上诉称，原被告双方之间不存在居间合同关系，被告为物业管理中心员工，为招租事宜开展工作是其本职工作，其实施奖励也应是由内部劳务关系而产生的奖金。因此，一审法院适用《合同法》第426条关于居间合同的法律规定，是错误的。被上诉人则辩称，其取得报酬是合理合法的，一审法院认定事实及适用法律均无不当。

二审法院认定事实与一审法院相同，认为本案争议焦点是双方之间是否存在居间合同关系。二审法院认为，根据物业管理中心出具的《说明》及《关于租金一事》两份证明，114号别墅未出租期间，被上诉人向物业管理中心提出，由其出面招租，如招租成功，需5%提成。在物业管理中心向上诉人汇报同意后，告知了被上诉人。后由于被上诉人的工作，2003年11月1日促成了上诉人与黄某之间的租赁协议达成。因此上诉人与被上诉人之间存在口头居间合同的事实存在。同时，二审法院根据上诉人会议纪要等证据，认定物业管理中心系上诉人的下属职能部门，其民事责任由上诉人承担。二审法院于2008年1月16日最终判决：驳回上诉，维持原判。

二审判决后，浙江省某管理局向某省高级人民法院提出再审申请，认为再审申请人与再审被申请人之间存在口头居间合同缺乏证据证明，物业管理中心出具的《说明》及《关于租金一事》两份证明，均无再审申请人就建立居间合同关系承诺的事实，提到的是奖励金而非居间佣金，而且再审被申请人身份系物业管理中心员工，为招租事宜开展工作乃分内职责，不具备与再审申请人建立居间合同的资格，即使物业管理中心对员工实施奖励，也只是基于劳动关系的内部奖励。再审申请人提供了其原局长范某的说明作为新证据，与物业管理中心出具的《说明》一起，证明就本案争议的内容，原局长范某是否同意过奖励金及奖励金的数额，根本没有出现过居间佣金的概念。某省高院审查后于 2008 年 9 月 2 日决定对本案进行提审。对于事实的认定，再审除对原一审、二审法院查明的事实予以认定外，还查明：原审认定事实的主要证据《说明》和《关于租金一事》系物业管理中心葛某以物业管理中心的名义分别于 2006 年 3 月 8 日及同年 4 月 19 日出具的。《说明》载明“在与上海客户黄某洽谈前，斯某提出一旦租赁成功需 5% 提成。当时请示范局长，范局长说可以但需在物业管理中心的管理费中支付”；《关于租金一事》载明“对于引资人斯某的奖励金由物业管理中心支付，管理局不能支付，因管理局是政府机关。物业管理中心是企业，可以支付，只要物业管理中心班子讨论同意后再打报告提请管理局领导审批就可以。”2007 年 9 月 12 日，再审申请人原局长范某给二审法院出具证明称：没有向斯某说过奖励多少的话。再审法院在认定上述事实的基础上，确定本案的争议焦点在于双方当事人之间是否存在口头居间合同关系。再审法院认为，一、二审法院认定再审被申请人与再审申请人存在口头居间合同关系的主要证据为物业管理中心葛某于 2006 年 3 月 8 日及 4 月 19 日以物业管理中心名义出具的《说明》和《关于租金分配一事》，但从该两份证据所包含的内容看，均无涉及居间合同关系及支付居间报酬的内容。即使再审被申请人自己所出具的《报告》也仅要求物业管理中心给予提取 25 万元的奖金。物业管理中心据此给再审申请人出具的申请报告，也是要求提成 5% 给斯某作为奖励金。因此，从上述证据所包含的内容分析，原一、二审法院认定双方当事人之间存在口头居间合同关系的依据不足。再审法院于 2008 年 12 月 19 日作出再审判决，撤销一、二审判决，驳回再审被申请人的诉讼请求。

经典评析

毫无疑问，居间合同属于合同法范畴，根据《合同法》第 2 条，合同的订立形式包括书面、口头及行为等其他形式，居间合同对于合同形式没有特别规定，因此采取口头协商一致的形式也是可以的。那么就本案的证据，主要是葛某以物业管理中心名义出具的《说明》和《关于租金分配一事》所反映的内容而言，原被告之间是否就建立居间合同一事在交涉过程中口头达成了一致，从而建立了口头居间合同关系呢？笔者认为，答案是否定的，理由如下：

第一，居间合同是居间人报告订立合同的机会或者提供媒介服务，促成合同成立，委托人支付居间报酬的合同。《合同法》第 424 条对此有明确规定。本案涉及的证据《说明》及《关于分配租金一事》，是葛某以物业管理中心的名义出具的，应该说也代表了原告的意思，但是这两份材料对于事实的描述，使用的是"提成"、"奖励金"的表述，并无居间或者居间报酬的内容。即使原告自己出具的《报告》，对 25 万元报酬的用词也是"奖金"。因此，仅从本案证据所反映的内容来看，要认定原被告双方之间口头订立了居间合同，证据是不充分的。

第二，当然，认定合同关系的性质，要看其内容实质，居间合同也并非一定要使用"居间"或"居间报酬"的用词，但是从本案原被告双方关系的实质看，也不构成居间合同关系。既然居间合同属于合同法范畴，其主体只能是平等民事主体，原告系被告下属物业管理中心的员工，而将 114 号别墅对外招租是被告交给物业管理中心的工作任务。原告作为被告下属单位的员工，为对外招租开展工作显然也是其本职工作，即使有奖励之说，也只是根据劳动关系而产生的奖励事宜，并非属于《合同法》调整的范围，更无法认定为居间合同。如果对于招租工作，原告作为本职工作无法完成，变换形式以外部居间人的身份却马上完成了招租任务，并索取所谓的居间报酬，显然是不合理的。原告如果在完成本职工作中有贡献，要求被告给予额外奖励，也应该是基于劳动关系的内部奖励，而非居间合同中的报酬。

综上所述，本案无论从证据对事实表述用词的形式来看，还是从原被告双方相互身份关系的实质来看，均不应认定为居间合同关系。

对一起非典型财产损害案件相关问题的分析

——A 银行诉施某某、土地储备中心财产损害赔偿纠纷案

杨　杰*

案情简介

原告(被上诉人):A 银行

被告(上诉人):施某某

被告(上诉人):土地储备中心

被告:拆迁事务所

2000 年 12 月 6 日、19 日,原告向某实业总公司发放两笔贷款,共计人民币 70 万元,以借款人所有的房产做抵押,贷款分别于 2001 年 11 月和 12 月到期,但贷款到期后,借款人仅归还了部分利息。在此期间,实业总公司于 2001 年 8 月改制变更为辅料公司,原实业总公司债权债务由其承继。原告于 2003 年 12 月向法院提起诉讼,要求还款。该县法院以〔2004〕民初字第 6 号判决书判决辅料公司偿还贷款本息,原告对已抵押房产享有优先受偿权。判决生效后,辅料公司并未履行,银行依法申请执行。在执行过程中,发现抵押的房产已被土地储备中心于 2003 年 10 月委托拆迁事务所拆迁,法院即向拆迁事务所下发协助执行通知书[〔2004〕民协执字第 6 号],要求协助扣留拆迁赔偿款 85 万元。同时在拆迁事务所了解到,抵押房屋所涉拆迁款是 1735815.05 元,其中的 1385815.05 元已向实业总公司支付,领款人是原实业总公司的法定代表人施某某,当时还留下拆迁款 350000 元(2005 年 5 月,该县法院根据〔2002〕经初字第 239 号民事判决书将此款项执行给辅料公司另一债权人 B 银行)。2004 年 12 月,辅料公司与土地储备中心、拆迁事务所达成《房屋拆迁货币补偿协议》,对银行享有优先受偿权房

---

* 杨杰,男,毕业于浙江大学法学院,主要从事金融、公司法律业务,浙江浙经律师事务所专职律师。

屋的拆迁增加补偿款550000元。但该笔补偿款中的450000元，拆迁事务所于2004年12月3日又转入了实业总公司的账户，余下100000元以现金支票的形式于该年12月20日向施某某的委托人支付。2005年12月，原告向施某某、土地储备中心发出了《请求赔偿函》，要求赔偿相应损失。2006年9月16日，法院作出民事裁定书，经查辅料公司已歇业，暂无可供执行的财产，裁定该案终结执行。至此，原告的全部债权均未获偿付。

原告向该县法院诉称，原告对被拆迁房屋享有优先受偿权，根据我国担保法的相关规定，该优先受偿权当然及于房屋因拆迁而所得的补偿款。本案中，施某某以已消灭的实业总公司的公章领取了补偿款，侵犯了原告的优先受偿权，应对原告的损失承担赔偿责任。对于拆迁事务所，其应当知道本案所涉拆迁房屋原告是享有抵押权的，其对拆迁补偿款的处置应依照担保法的有关规定，但本案中拆迁事务所不仅未向抵押权人即原告支付拆迁补偿款，也未向正当的被拆迁人支付；同时在法院下达《协助执行通知书》后，还将55万元拆迁补偿款支付给了非正当被拆迁人。其错误支付的行为对原告的优先受偿权造成了侵害，应对原告的损失承担连带赔偿责任。土地储备中心作为拆迁委托人，应当对受其委托的拆迁事务所的行为承担后果，故对原告的损失也应负连带赔偿责任。

被告施某某辩称是受辅料公司的委托领取了拆迁补偿款，其行为是代表公司的职务行为，因此原告的损失也只能由公司法人承担赔偿责任；原告的诉讼请求已在2004年1月经长兴法院生效判决确定，本案属于重复诉讼，是一案两诉的情形。被告土地储备中心、拆迁事务所共同辩称原告与辅料公司的借款合同纠纷一案已经法院民事判决书确定，辅料公司未履行判决确定的内容，这应在执行程序中予以解决，现原告又起诉赔偿损失，属于重复诉讼，法院应当驳回原告的起诉；法院发出执行通知书后另行补偿的款项55万元，并非该房屋的拆迁补偿款，而是机器设备及停业损失，不是法院协助执行通知书所扣留的款项，并且该部分补偿款也不在抵押财产范围内。

争议焦点

本案的争议焦点在于一是施某某以实业总公司或个人名义领取拆迁补偿款的行为是否属于职务行为，进而将行为结果归于辅料公司；二是本案是否违反了“一事不再理”原则，而属于重复诉讼；三是就拆迁补偿款的赔偿，土地储备中心是否与施某某构成连带责任。

审理判决

一审法院认为:(1)生效判决确定的辅料公司给付义务至今未履行,且辅料公司已歇业,无可供执行财产,该案已终结执行,因此原告的损失有上述判决已确定的款项1087479元。因原告对辅料公司的抵押房产的优先受偿权及于拆迁补偿款,在拆迁补偿款中应先行支付原告的借款本息等费用。被告施某某以原实业总公司的名义领取了拆迁补偿款合计1385815.05元,因实业总公司已于2001年7月变更为辅料公司,实业总公司实际上并不存在,故该补偿款系施某某非法占有,其行为侵害了原告的优先受偿权;(2)法院要求拆迁事务所协助扣留拆迁赔偿款85万元后,拆迁事务所又补偿辅料公司停业损失及机器设备折旧损耗费用合计55万元。拆迁事务所将55万元全额支付给了被告施某某及其委托人,对该拆迁补偿款未予以协助执行,又未限期追回,故对原告损失应在于擅自处分的财产范围内承担赔偿责任。拆迁事务所受土地储备中心的委托实施拆迁行为和拆迁赔偿款的支付,其实施行为的法律后果应由土地储备中心承担;(3)被告施某某与土地储备中心基于不同的发生原因而对于原告的同一损失负有赔偿责任,故属于不真正连带责任。基于上述理由,法院根据《中华人民共和国民法通则》第106条第二款,第134条第一款第七项和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第80条之规定,判决如下:

1.被告施某某赔偿原告损失1087479元;

2.被告土地储备中心赔偿原告损失55万元;

3.原告收到上述赔偿款1087479元,则免除其余的给付义务。

判决下达后,被告施某某、土地储备中心均不服,提起上诉。施某某上诉称:被上诉人与辅料公司的借款纠纷已判决,辅料公司未履行判决内容,应在执行程序中予以解决,现被上诉人又起诉赔偿损失,属于重复诉讼;被拆迁的建筑物房产户名均为实业总公司,拆迁补偿协议是施某某作为实业总公司委托代理人与拆迁事务所签订的;所有的补偿款不是施某某个人领取现金的,而均是转账划入实业总公司账户的,所以施某某的领取行为是代表公司的职务行为。土地储备中心上诉称:〔2004〕民初字第6号判决与本案诉讼要解决的实质上是同一个诉讼请求,在前一民事判决已生效的前提下,不能由同一法院再对相同诉讼请求作出判决;原审判决认定事实有误,施某某是辅料公司的股东,原本是实业总公司的法定代表人,土地储备中心委托的拆迁事务所完全有理由相信其有代理权,且停业损失、机器设备折旧

损失550000元并不属于被上诉人的优先受偿权的内容;即使对后来增加的550000元补偿款未协助执行,也应在执行程序中解决,而不能在未撤销生效判决情况下再作出与生效判决相同内容的判决,且终局债务人是辅料公司,但辅料公司不是本案当事人,因此本案以不真正连带责任作出判决,没有法律依据。

被上诉人答辩称:两起案件起诉主体和案由不同,不属于重复诉讼;上诉人施某某未能有证据证明自己有代理权,且其在领取拆迁款时是以已经不存在的实业总公司名义领取,不符合职务行为要件;550000元是在双方《房屋拆迁补偿协议》“房屋基本情况和补偿金额”条款中约定的,且与被拆迁房屋不可分,当然属于拆迁补偿款的范围。

二审法院认为:本案与〔2004〕民初字第6号判决诉讼标的不同,诉请依据的法律事实不同,不属于重复诉讼;施某某仅是辅料公司的股东之一,在未获得辅料公司授权前提下,不具备代表公司对外从事法律行为的资格,其以不存在的实业总公司名义领取补偿款,既不能代表已经不存在的实业总公司,也不能代表辅料公司,只是个人行为;根据拆迁事务所与辅料公司签订的补偿协议的内容和性质,可以明确550000元属于房屋拆迁补偿的费用,应在拆迁事务所协助履行范围。原审判决事实清楚,适用法律正确,因此判决:驳回上诉,维持原判。

经典评析

本案是一起比较特殊的财产损害赔偿纠纷案件。以下结合本案争议的主要焦点,就其反映的法律问题展开探讨,以期为同类纠纷的解决提供参考。

一、重复诉讼的识别标准

本案的核心问题之一是,原告的这次诉讼行为是否构成重复起诉。这里就涉及民事诉讼中的一项基本原则,即“一事不再理”原则。从历史渊源上看,“一事不再理”原则来自古罗马法的“诉权消耗”理论。所谓诉权消耗,是指任何诉权一旦经过一个完整的讼争过程而行使完毕,不论结果如何,其对应的诉讼系属就消耗殆尽。现代民事诉讼理论中,“一事不再理”原则包括两层含义:其一是指诉讼系属效力。即一诉已经被提起或正在诉讼中,该诉就不得被再次提起。其二是指既判力的消极效力。即法院对一诉已经作出了终审判决,当事人不得再次提起诉讼或法院不得重新审判。

我国《民事诉讼法》没有对"一事不再理"原则加以明确化，在民事诉讼实践中，笔者认为适用"一事不再理"原则即判断当事人是否构成重复起诉，须同时具备以下条件：一是诉讼标的是否一致。诉讼标的是指当事人之间争议的、原告请求法院裁判的实体权利或者法律关系的主张或者要求（声明）。在民事诉讼中，由于诉的种类不同，其诉讼标的也就不同。诉讼标的是否相同是判断当事人的起诉构成重复诉讼与否的核心要素。二是诉讼请求是否一致。诉讼请求是指当事人通过法院向对方当事人所主张的具体权利。诉讼请求是允许变更的，但诉讼标的就不能变更，因为变更了诉讼标的就等于变更了原来的诉。三是当事人是否一致。当事人是民事诉讼法律关系的主体之一，当事人是否相同是判断当事人的起诉构成重复诉讼与否的要素之一。不过，原告数量增加或减少而被告不变、被告数量增加或减少而原告不变、第三人有变化等情况，均不改变诉讼当事人的一致性。因为，在一方当事人恒定而另一方当事人数量增减的情况下，民事诉讼法律关系并没有改变。四是争议事项是否一致。争议事项是否一致就是指当事人提起诉讼所依据的基本事实是否相一致。

分析本案，〔2004〕民初字第6号判决所解决的是原告与辅料公司之间的借款合同关系，而本案解决的是原告与施某某、土地储备中心的侵害财产的侵权损害赔偿法律关系，两案的诉讼标的不同，一方诉讼主体也不同；另本案原告诉请的事实基础与本案与〔2004〕民初字第6号判决的事实亦非同一事实，〔2004〕民初字第6号判决所依据的事实是被上诉人与辅料公司发生的借款行为，而本案所依据的事实是施某某以原实业总公司的名义领取了由原告享有优先受偿权的拆迁补偿款，以及土地储备中心委托拆迁事务所将应协助法院执行的部分拆迁补偿款支付给施某某的事实，两案诉请所依据的法律事实也不同。因此，本案并没有违反"一事不再理"原则，不属于重复诉讼。

二、职务行为的判断标准

职务行为是指在单位授权范围内，以单位名义，为单位的利益为法律行为。我国《民法通则》第43条规定："企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。"最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第58条规定："企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。"此外，反映在程序法上，最高人民法院《关于

贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第42条规定："法人或者其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼，该法人或其他组织为当事人。"依照上述法律规定，如何认定法人或者其他组织的成员之行为是职务行为还是个人行为，应该从以下三个方面进行认定：以法人或者其他组织的名义实施；行为人的行为有法人或者其他组织的授权；行为人的行为应与授权的内容或者章程、合法任命等规定有关。从以上几方面可以看出工作人员是否享有单位的授权是判断职务行为的关键。

本案中，实业总公司于2001年7月改制变更为辅料公司，2002年6月27日，辅料公司的法定代表人由施某某变更为案外人，施某某仅属于辅料公司的股东之一，其不再具有法定代表人所具有的代表公司为法律行为的权限，在未获得辅料公司授权前提下，也不具备代表辅料公司对外从事法律行为的资格。2003年10月15日、11月7日和2004年12月施某某三次以已经不存在的实业总公司的名义领取本应属于辅料公司的拆迁补偿款，其行为既不能代表已经不存在的实业总公司，也不能代表辅料公司，只能代表施个人，而不能认定为职务行为。

另外，笔者在庭审过程中提出根据最高人民法院制定的《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第三款规定，对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。在诉讼过程中，施也未能有任何证据证明自己有代理权，其也应承担举证不能的责任。法庭对此意见予以了采纳。

三、对不真正连带责任的认识

法院经审理认为，两被告之间对原告的损失应承担不真正连带责任。何谓不真正连带责任？不真正连带责任，又称不真正连带债务，是指数个债务人分别基于各自立场对同一债权人负填补同一损害之义务，并因一债务人之履行而使全体债务归于消灭的责任方式。不真正连带责任的实质就是数个独立的法律关系因给付内容同一而在事实上产生偶然联系的债的集合，其核心要素在于各债务人与债权人之间独立的法律关系，独立性意味着债权人对各债务人享有独立的请求权；独立性意味着各债务人之间不存在主观的意思联络或者客观的行为结合。应该说不真正连带责任不是一个纯粹的理论命题，它是大陆法系国家通过法院判例发展起来的民法制度，是复杂生活实践对利益衡平在司法解决方式上提出的需要和挑战。我国在立法上对此也进行了相应规定，如《保险法》第45条、《海商法》第252—254条、《消费者权益保护法》第35条等。

原告在起诉时要求两被告承担连带责任，而法院最终判决承担的是不真正连带责任。这两种责任承担方式在司法实践中也是最容易混淆的，两者有许多相似之处，如给付的内容相同；各债务人均负全部给付义务；因一人的给付而使全体债务归于消灭。但经过办理本案，笔者认为两者主要有以下几方面不同：首先是发生的原因不同。连带债务通常基于共同的产生原因，如基于共同侵权行为；不真正连带债务必须具有不同的发生原因，即债权人和债务人之间的债权债务关系必须基于不同的法律事实而产生。其次是主观目的不同。连带债务具有共同目的，且各债务人在主观上互相关联；不真正连带债务没有共同目的，只有各自单一的目的，各债务人之间对债务的发生在主观上也无联系，给付的相同纯属于相关的法律关系偶然地发生巧合。三是法律效力不同。连带责任在外部效力上对一债务人所生事项，效力大都也及于其他债务人，在内部效力上各债务人间所应承担的债务是有确定份额的；而不真正连带债务在外部效力上，对一债务人所生事项，效力往往不及于其他债务人，而在不真正连带债务内部，各债务之间是独立的并不存在责任份额，一债务人为全部给付，实际是为自己的行为负责，并不意味着他超过了自己应分担的份额，为其他债务人履行了债务。但当存在终局责任人时，该债务人应当承担最后的赔偿责任。第四是适用依据不同。连带责任是一种加重责任，除非法律有规定或当事人约定，否则不得设立。不真正连带责任中各债务人都是为自己的债务负责，并未因此而加重自己的责任，因此由法官依竞合之法理裁量适用。

在本案中，施某某是由于侵害了原告的抵押房产拆迁补偿款的优先受偿权而承担赔偿责任，土地储备中心是其委托的拆迁事务所因未履行协助执行义务，擅自处分法院冻结财产而承担赔偿责任，因此两被告是基于不同的发生原因而对原告的同一损失承担赔偿责任；两被告对原告的损失既不存在主观上的意思联络，也不存在客观行为的共同结合，造成原告债权受侵害这一同一结果只是纯属偶然发生的一种巧合。因此法院判决两被告的损害赔偿责任构成不真正连带责任是正确的，如土地储备中心履行了赔偿原告损失的义务，则免除施某某的给付义务，反之亦然。当然本案中存在终局责任人施某某，因为施某某以已经并不存在的实业总公司的名义领取并占用了拆迁补偿款，因此其应对原告的损失负担最终给付义务，土地储备中心在履行了自己的赔偿责任后，当然取得追偿权，要求施某某在本方已履行范围内承担最终赔偿责任。

债务人破产且已申报债权，仅起诉保证人是否应中止审理？

——评某银行支行诉某集团保证合同纠纷案

李根美　夏晓明*

案情简介

原告：某某银行股份有限公司某某支行

被告：浙江某某房地产集团股份有限公司

原告于 2007 年 7 月 16 日受杭州某担保公司委托，与某某信息产业集团有限公司（"债务人"）签订《委托贷款借款合同》（"《借款合同》"）一份，约定由原告发放委托贷款 400 万元，期限为 2007 年 7 月 16 日至 2008 年 7 月 15 日止，月利率千分之 6.57，按季付息，并约定了违约责任等内容。被告为该笔贷款提供连带责任保证，并签订《委托贷款保证合同》（"《保证合同》"）一份，约定了保证期间、保证担保范围、违约责任等内容。在原告依约放款后，债务人从 2008 年第一季度起开始不支付利息，并因贷款违约行为被其他金融机构起诉。根据《借款合同》约定，债务人出现上述"影响其偿还能力或缺乏偿债诚意情形的"，原告有权提前收回贷款。同时根据《保证合同》，在上述情形下，被告开始承担保证责任。原告遂于 2008 年 4 月 24 日分别致函债务人及被告，通知提前还贷及承担保证责任，但均无反应。同年 5 月 20 日，债务人被某市中院裁定进入破产重组程序。原告为维护自身权益并从尽快实现权利的角度出发，以保证合同纠纷的案由，选择被告提起诉讼，要求偿还贷款本息并支付违约金。

---

* 李根美，女，毕业于华东政法学院，主要从事公司、证券、知识产权、金融等法律事务，浙江浙经律师事务所专职律师。

夏晓明，男，毕业于华东政法学院，主要从事公司、合同、知识产权等法律事务，浙江浙经律师事务所专职律师。

被告在诉讼中提出了诸多答辩理由，包括未收到要求其开始承担担保责任的函，以及该笔贷款属于委托贷款，原告作为银行不是适格原告，应由杭州某担保公司作为原告等等，但是最核心的的答辩理由是债务人已经进入破产程序，且原告已经作为债权人申报了债权，本案应中止审理，待破产清偿后，再视原告受偿情况恢复诉讼程序。

争议焦点

本案的争议焦点集中在程序问题上：在原告仅选择连带责任保证人即被告起诉，而债务人进入破产程序，且原告已经申报债权的情况下，本案是否需要中止审理，具体又可分为：

1. 本案保证合同纠纷的审理，是否要以债务人的破产程序处理结果为前提或依据。

2. 本案继续审理并在破产程序终结前作出判决，是否会导致债权人双重受偿的问题。

本案原告之所以选择单独起诉连带责任保证人，目的就是为了尽快收回贷款本息及违约金，避免因债务人破产程序的拖延，期间被告经营及资产状况一旦发生恶化，导致其承担担保责任的能力减弱，造成原告损失发生或扩大。因此，该争议焦点的处理结果直接影响到该诉讼的进程，以及原告诉讼目的的实现。

审理判决

法院经审理对原告主张事实予以认定，认为《借款合同》、《保证合同》均依法生效，由于债务人出现不按时支付利息，并因贷款违约被多家金融机构起诉的事实，根据合同约定，原告有权提前向债务人收回贷款，并要求被告提前履行担保义务。债务人未在原告规定的期限内履行归还贷款本息的义务，被告亦未承担相应的担保责任，已构成违约，应承担相应的责任。根据最高院《关于如何确定委托贷款协议纠纷诉讼主体资格的批复》，原告作为贷款人（受托人），有权作为主体起诉连带责任保证人即本案被告。对于本案的争议焦点，法院认为，根据最高院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第20条，人民法院受理企业破产案件后，只有以债务人为被告的其他债务纠纷案件且尚未审结的，应当中止诉讼。而本案原告并未将债务人作为被告，而是根据《担保法》第18条的规定，选择保证人起诉，要求其在保证责任范围内承担保证责任，本案依法继续审理亦无不当之处，判决被告归还原告借款本金400万元，偿付利息110376元，并按《借款合同》约定的每日

万分之二点七之标准支付 2008 年 4 月 25 日起至判决生效日止的逾期付款违约金。

经典评析

本案中原告作为债权人，单独起诉连带责任保证人即被告，要求承担保证责任，应无异议。但是如果主债务人已经进入破产程序，特别是债权人又在破产程序中全额申报了债权，债权人单独起诉连带责任保证人的诉讼是否应该中止审理，可以说是一个有争议的问题。事实上，人民法院受理破产案件后，对连带责任保证人的诉讼应否中止的问题，在司法实践和理论上都是有不同观点的。[①]

笔者认为，债权人仅以连带责任保证人为被告，要求承担保证责任的，该诉讼程序不因主债务人限于破产程序而中止，哪怕债权人已经在破产程序中申报了全额债权，这一观点也在本案的审理中获得了法院的认可。

根据《诉讼法》的基本原理，一个进行中的诉讼程序之所以要因另一个程序而中止，无非是因为前一个程序的审理必须取决于另一个程序的结果，相应的法规依据就是《民事诉讼法》第 136 条规定的“有下列情形之一的，中止诉讼：……（五）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；……中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。”因此分析债权人仅以连带责任保证人为被告的保证合同纠纷诉讼，是否要因主债务人进入破产程序，且债权人申报了全额债权而中止的问题，关键是看破产程序的处理结果，是否是保证合同纠纷诉讼审理的依据或者说先决条件？笔者认为答案是否定的，因此也不存在因主债务人的破产程序，而中止债权人与连带责任保证人间的保证合同纠纷审理的必要。

首先，在连带责任保证的情况下，债务人的破产程序和债权人起诉连带责任保证人的诉讼程序是可以同时启动的，这一点应该是没有异议的。

连带责任保证的情况下，保证人与债务人对债权处于同一清偿顺序，并无先诉抗辩权，一旦债务人到期不能履行债务的，债权人有权选择要求债务人履行债务，或者要求保证人承担保证责任。根据民法请求权理论，债权人此时同时享有要求债务人履行债务的请求权和要求保证人承担保证责任的请求权，择一抑或同时行使均是可以的。同时，根据有权利就有救济的民法

---

① 对于这个问题相反的观点，可见高洪宾：《破产案件中当事人合法权益的衡平》，载《人民法院报》2008 年 6 月 20 日第 6 版，及王欣新：《破产案件中对连带责任保证人责任的追究——与高洪宾同志商榷》，载《人民法院报》2008 年 6 月 26 日第 6 版。

原理，原告上述请求权一旦行使受阻，当然可以通过相应的司法途径来救济。在本案债务人限于破产程序的情况下，债权人既可以在债务人破产程序中申报债权，也有权单独起诉保证人要求承担保证责任。对此，《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(“《担保法解释》”第44条第一款即明确规定：“保证期间，人民法院受理债务人破产案件的，债权人既可以向人民法院申报债权，也可以向保证人主张权利。”

此处稍有疑义的，是《担保法解释》同条(第44条)第二款规定的“债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出。”有人以该款为依据，认为债权人申报债权后，以保证人为被告承担保证责任的诉讼应在破产程序终结后六个月内提出，破产程序终结前，债权人不具备起诉条件。其实这是对该条的错误理解，这里六个月的期限，仅针对债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，债权人未在该六个月期间内就未受清偿部分向保证人主张权利，将产生保证人免责的法律后果，而不是针对债权人就全部债权向保证人主张权利的期间的限制，后者由保证期间和诉讼时效来规制。因此，本案不应适用担保法司法解释第44条第二款的规定。

其次，债务人破产程序及债权人与连带责任保证人间的保证合同纠纷诉讼程序同时启动后，两者相互之间也不存在某个程序要以另一个程序的处理结果为前提的关系，因此中止保证合同纠纷诉讼程序以待破产程序的完成是没有道理的。认为保证合同纠纷应该中止审理的观点，理由是如果不中止审理而作出判决，可能会导致连带责任保证人在破产分配之前履行，债权人又从破产程序中受偿，而带来双重受偿的问题。其实上述担忧是不必要的。

保证合同纠纷先行判决之后，债权人同时向连带责任保证人和债务人主张权利，无非以下两种可能：(1)连带责任保证人履行在前，破产清偿在后。则保证人根据《担保法》取得向债务人的追偿权，就避免了双重受偿的问题。与普通的保证合同纠纷(指不涉及债务人破产的情况，下同)相比，本案债务人进入了破产程序，唯一的不同只是被告的追偿权体现为：连带责任保证人履行之后，取得的是债权人在破产程序中申报并被确认的债权。(2)连带责任保证人履行在后，破产分配在前。在该种情况下，主张应中止保证合同纠纷审理的观点认为，债权人所受分配数额的不同将导致判决最终执行数额的不确定，因而主张中止保证合同纠纷的审理。对于上述观点，笔者

认为:普通的保证合同纠纷,也可能发生上述情况,如在判决生效之后执行之前,债务人履行了部分债务,导致最终执行数额变化,那么是否也应该中止审理。显然答案是否定的,因此仅以此理由中止审理是站不住脚的。其实在这种情况下,债权人在破产程序中获得分配的部分,应从保证人的履行数额中扣除,同样不会带来双重受偿的问题。

再次,如果中止保证合同纠纷的审理,可能会侵害债权人的利益。

债权人以在破产程序中申报债权的方式,向债务人主张权利时,如果债权人通过保证合同纠纷向连带责任保证人主张权利的诉讼程序要中止,那么只能等到破产程序终结后才能向保证人追偿。而破产程序往往耗时漫长,甚至长达数年之久,这可能使债权人的权益被过度延误实现。而本应立即履行连带责任的保证人可以长期逃避责任承担,这就可能为其转移财产、欺诈债权人提供非常充足的时间,造成难以挽回的损失。在债务人未破产时,连带责任保证人责任的承担都不中止,根据举重以明轻的法理,在破产程序中,债权人一般是不可能得到全部清偿的,连带责任保证人要承担责任几乎是必然的,却要中止其责任承担,显然是不合理的。

综上所述,在债务人陷入破产程序,债权人全额申报债权的情况下,债权人不但有权单独以连带责任保证人为被告提起保证合同纠纷之诉,而且这一诉讼程序不应受破产程序的影响而中止,两者之间不存在孰先孰后的关系。

刑事篇



牛市内幕交易第一案

——杭州H钢构公司罗某等人泄露内幕信息、内幕交易案

张晟杰*

案情简介

2006年11月，中国G基金有限公司(下称G基金公司)与浙江H钢构股份有限公司(下称H钢构公司)开始接触探讨非洲A国公房项目。同年12月底，G基金公司有将A国公房项目未完工部分的建筑由原来的混凝土结构改成钢结构的意向。2007年1月下旬，G基金公司派员到杭州与H钢结构公司进行了关于"A国项目"钢结构报价(涉及45幢房子中钢结构部分，总价值18亿-20亿元人民币)的首轮谈判。2月4日，H钢构公司周某等人赴深圳与G基金公司就人工费用和报价的细节进行第二轮谈判。2月7日，H钢构公司单某、周某等人在香港与G基金公司就价格、数量问题进行高层谈判。2月8日，双方就该项目的价格、数量、工期、付款方式等基本内容达成一致意见。2月10日，H钢构公司与G基金公司在杭州就合同细节问题进行了谈判，对合同条款进行了落实。2月13日，双方对合同基本达成一致意见，并起草了"A国项目"的框架协议，2月15日，H钢构公司发布公告称"公司正与有关业主洽谈一境外建设项目，该意向项目整体涉及总金额人民币约300亿元，该意向分阶段实施，建设周期大致两年。若公司参与该意向项目，将会对公司2007年业绩产生较大幅度增长"。2月17日，H钢构公司与G基金公司签订《A共和国安居家园建设工程产品销售合同》、《A共和国安居家园建设工程施工合同》，双方约定自双方签字后生效。3月8日，H钢构收到了G基金公司对上述合同的授权委托书原件，合同正式生效。

早在2003年12月底，犯罪嫌疑人陈某(原系浙江H钢构股份有限公

---

* 张晟杰：男，浙江君安世纪律师事务所专职律师。

司证券办主任，2006 年 12 月辞职）与王某就已经开始炒股合作，双方口头约定由王某出资、按陈某的买卖指令进行操作，实现盈利后陈某获得 30%，一旦出现亏损，则由王某负责。至 2007 年 1 月 5 日，王某按照利润分成的约定向陈某支付 1390 万元。

2007 年 1 月下旬，陈某从 H 钢构公司安徽子公司经理刘某处获悉 H 钢构公司正在洽谈一个 18 亿元左右的合同。2 月 5 日，陈某从刘某处再次获悉 H 钢构公司合同谈判的进展。2 月 11 日下午，陈某与 H 钢构公司成都办事处主任张某等人聚会时，从张某处得知 H 钢构公司正在与香港 G 基金公司洽谈 A 国安居房建设工程项目，金额达 300 亿元的合同。陈某立即将此消息电话告知王某，并指令王某于 2 月 12 日买入“H 钢构”股票，在与王某通完电话后，陈某再次向张某求证有关该 300 亿元合同项目的情况，而后再次将求证的信息告诉王某。

2 月 12 日，王某按照陈某的买卖指令操作“徐女士”（系王某之妻）资金账户买入了“H 钢构”2776996 股。当日，作为 H 钢构公司证券事务代表的犯罪嫌疑人罗某，在工作中知悉公司与 G 基金公司正在洽谈 A 国合同项目，涉及金额 300 亿元，违反《证券法》的有关规定，将有关合同谈判的信息泄露给陈某，同时同意陈某帮助其亲戚的账户买入“H 钢构”股票。当晚，陈某将从罗某处得知的信息包括消息的来源告诉了王某，并再次下达 2 月 13 日买入 H 钢构的指令。

2 月 13 日，王某按照陈某的指令买入“H 钢构”2398600 股，同时，陈某操作罗某委托管理的账户也买入了“H 钢构”42800 股（4 月 10 日卖出，获利 367810.90 元）。当日，陈某与罗某多次联系，罗某将公司已经与 G 基金公司草签协议的情况泄露给陈某。陈某获取信息后，将信息包括信息来源电话告知王某。当晚，经陈某和王某商议，决定 2 月 14 日将账户上的所有剩余资金买入“H 钢构”股票。

2 月 14 日，为了能买入“H 钢构”股票，早上 8 点 30 分左右，王某操作“徐女士”的资金账户以涨停板价格委托下单，当日盘中全部成交，买入 1787300 股。同时，陈某再次从罗某处获悉次日公告的内容，并告知王某。

3 月 15 日，陈某从罗某处得知证券机构包括上海证券交易所的有关监管信息后，将有关监管情况告知王某并作出了次日卖出“H 钢构”股票的指令。3 月 16 日，王某按照指令将“徐女士”资金账户中的股票共计 6961896 股全部卖出，共计非法获利 4037 万元。

争议焦点

1. 从非法获取内幕信息的人员处再获取该信息的行为是否也应认定为非法获取；

2. 区分内幕交易罪与非罪的界限为是否已经公开，公开的标准是否一定要形式上的公开，事实上的公开是否为公开。

审理判决

浙江省L市中级人民法院对罗某等人涉嫌泄露内幕信息、内幕交易案进行了审理和判决，罗某犯泄露内幕信息罪，被判处有期徒刑一年六个月；陈某、王某犯内幕交易罪，分别被判处有期徒刑二年六个月和有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并各处罚金人民币4037万元；陈某、王某的违法所得人民币4037万元予以追缴，由L市人民检察院上缴国库。

陈某不服，提出上诉。

浙江省高级人民法院经阅卷，讯问上诉人，认为本案事实清楚，决定不开庭审理。裁定驳回被告人陈某上诉，维持原判。

经典评析

证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券、或者从事与该证券信息有关的期货交易、或者泄露该信息的，构成内幕交易罪、泄露内幕信息罪。

本罪的主体为特殊主体，或为内幕信息知情人员，或为“非法获取”内幕信息人员。

本案较为关注的争议点主要有下列几个方面：

一、陈某先后于2007年1月下旬、2月5日左右及2月11日下午从刘某、张某处获知有关信息的行为是否构成“非法获取”，2月12日，王某按照陈某的指令买入2776996股股票(即第一笔)，能否以犯罪论处

1. 根据《证券法》等有关规定，上市公司的高管人员、主要股东、证券从业人员、上市公司内部与证券交易关联人员等为内幕信息知情人员。本案中，陈某虽曾为H钢构的证券办主任，但在案发时早已离职而就任于上海Z投资管理公司，因此，陈、王二人显然并非内幕信息的知情人员，如若构成

本罪，则须符合“非法获取”内幕信息人员这一特殊主体。而所谓“非法获取”，是指以窃取、骗取、刺探或收买等不正当手段获得。在本案中，陈某是早在2007年1月下旬即从H钢构安徽子公司刘某处获悉了不完全的信息，后又于2月5日左右再次从刘某处了解到合同谈判进展，此时尚未进入证监会认定的内幕信息形成时间。而2月11日下午，陈某是在与H钢构成都办事处主任张某等人聚会时再次得知了有关信息，基于其多年的证券从业经验所形成的对股票市场的敏锐感觉，从而作出了投资判断，指令王某于次日买入H钢构的股票，从中可以看出，王某先后从刘某、张某等人处获知有关信息，并非主动地刺探、收买所得，也没有刻意地去关注H钢构的股票动向，而是基于老同事身份在私人交往中无意获得的，不符合“非法获取”的涵义。其后再次向张某求证有关情况是在已经获知信息并作出投资判断和下达指令的前提下对决策的核实，也未以不正当的手段，同样不存在“非法获取”情形。因而在该笔买卖中，陈、王二人应该不具备“非法获取”内幕信息人员这一特殊主体。

2. 陈某从刘某、张某二人处获取的信息与罗某的泄密没有关系，故刘、张二人也不存在泄密情形。

本案构成内幕交易犯罪，存在罗某的泄密、陈某的非法获取信息和王某的购买行为等多个环节。如果说2月13日和14日的两笔交易是基于罗某的泄密，存在着陈某操作罗某委托管理账户为其谋利而涉及陈某、罗某两人之间的利益交往而构成“非法获取”的话，那么刘某、张某等人将此消息告知陈某，不存在与陈某有经济利益往来；再则，基于其职务、身份，刘、张二人并非严格意义上的知情人员，故而未认定他俩存在泄密。因此，第一笔交易的消息来源与罗某泄密没有关系，也不存在刘、张二人泄密，陈某非法获取一说，故将此笔交易以内幕交易论处，认定为犯罪是牵强的。

二、王某与陈某是否构成共同犯罪值得商榷

共同犯罪重要的构成要件之一是必须有共同的犯罪故意，所谓共同的犯罪故意，指各共同犯罪人认识到他们的共同犯罪行为和行为会发生的危害结果，并且共同犯罪人之间必须存在着相互的意思联络。

1. 本案中，王、陈二人早在2003年底就开始合作炒股。两人之间的“意思联络”仅限于由王某出资按陈某指令操作股票交易，盈利三七分成，亏损王某承担。双方的合意并不存在由陈某负责提供内幕信息。王某与陈某合作更多的是基于对陈的证券从业经验的信赖。因此，对于双方至2007年1

月 5 日的 4000 余万元获利，侦查机关也未认为是基于合谋共同犯罪而产生的非法所得。所以，两人的合作及分利不能作为共同犯罪的依据。

2. 本案中，陈某指令王某分别于 2007 年 2 月 12 日、13 日、14 日操作买入的三笔 H 钢构股票，虽然陈某在下指令时告诉了王某信息来源，这同样不能成为双方有共同犯意之依据。

首先，王某没有指使陈某去"非法获取"内幕信息，而是被动地知道了所谓的消息及消息来源。

其次，王某接受陈某指令买入股票是基于对陈某的证券从业能力的信任和基于以往的合作获利而产生的信心。

再次，王某得知陈某告知的消息时，并不知道陈某获取信息的方法，即并不知道陈某是否存在以不正当手段"非法获取"了有关信息。

第四，本罪侵害的客体主要为国家对证券市场的管理秩序。而在当前证券市场上真假消息满天飞，王某又不了解陈某是如何从刘某、张某、罗某等人处获取信息的情况下，王某与陈某并没有共同犯罪故意的认识，王某并没有认识到自己是与陈某在互相配合实施犯罪，也不会认识到自己的行为的性质。既然王某未认识到自己的行为是与陈某共同侵害证券市场秩序，既然没有共同犯罪故意的认识因素，那么也就不存在共同犯罪。试想：假如一个与陈某没有事先约定利益分成的人，被动获取了陈某提供的所谓信息而购买了 H 钢构股票，我们能否以共同犯罪追究其刑责？而如前所述存在利益分配，同样也不能视为存在共同犯罪合谋。

因此，按"无罪推定"原则，对王某采取"疑罪从无"更符合有关法律精神。

三、H 钢构法定代表人单某于 2 月 12 日下午在公司总结表彰大会上的讲话对内幕信息是否公开的影响值得探讨

所谓内幕信息，是指在证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息。关键是尚未公开。那么何谓公开？虽然《证券法》及相关部门规章规定了合法的公开应在证监会指定的媒体上发布，并置于公司住所、证交所等，向所有投资者披露。但是不合法的公布是否也属于事实上的公开？在证监《行政处罚决定书》中，有三处内容认定了 2 月 12 日单某的讲话事实上已将内幕信息发布：一是"而是在公司内部的总结表彰大会上发布"；二是"公司董事长单某在公司年度总结表彰大会的讲话中泄露了信息"；三是"重大事件已经泄露或者市场

出现传闻”。同时，该《决定书》中还讲到“2 月 12 日上午，公司开始布置设计部门进行工作，表明该合同已难以保密”。种种迹象表明，2 月 11 日、12 日所谓的“内幕信息”已经不再停留在幕后而已走上前台，成为事实上已披露的信息。如此，在 2 月 12 日陈某从罗某处获得信息进一步核实了此前的消息后指令王某继续买入股票的行为是否属于内幕交易就很有争议了。

单位犯罪非主要直接责任人员可以不追究刑事责任

——香港某某某公司简某某走私不起诉案

胡红星*

案情简介

某某海关缉私局起诉意见书认定：犯罪嫌疑人简某某，女，香港人，系香港某某某有限公司股东和经理。2006年8月至2007年4月间，犯罪嫌疑人朱某、孙某多次与香港某某某有限公司商定购买西铁成手表并欲走私进境，之后该公司在明知朱某等系走私进口手表的情况下，经犯罪嫌疑人简某某确定货款能收到后仍安排人员帮助将上述手表交至犯罪嫌疑人陈某某、莫某某等人处，而后分别经由陈某某、莫某某等人联系安排，以藏匿夹带的方式走私入境并发送至朱某某等人处。上述手表货款汇至简某某等人指定的账号，共涉及走私手表7579只，偷逃应缴税款人民币1328887.21元。综上作书犯罪嫌疑人香港某某某公司、简某某分别触犯了《中华人民共和国刑法》第153条、156条之规定，涉嫌走私普通货物罪。犯罪嫌疑人香港某某某公司在共同犯罪中起次要作用，同时适用《中华人民共和国刑法》第27条。

争议焦点

本案争议的焦点在于：犯罪嫌疑人简某某在本案中的作用是否应当认定为从犯。

审理结果

某某市人民检察院在审查起诉期间，通过提审犯罪嫌疑人简某某以及审查相关案卷内容，最终依法采纳了辩护人关于简某某在本案中所起作用

* 胡红星，男，毕业于北京大学法律学系，法学硕士，浙江君安世纪律师事务所专职律师。

的意见，认定犯罪嫌疑人简某某在本案中属于从犯，并且情节轻微，社会危害不大，因此对犯罪嫌疑人简某某作出不起诉决定。

经典评析

本案起诉意见书认定犯罪嫌疑人涉嫌走私普通货物偷逃关税 130 多万元，按照《刑法》等相关规定属于情节严重，应当在 3 年以上 10 年以下量刑，尽管也认定有香港某某某公司从犯情节，但一般也只能是从轻或减轻处罚，还是要追究刑事责任的。

本律师接受指定当被告人简某某的辩护人后，立即查阅复制的本案的证据材料，并多次会见被告人简某某。对证据材料作了全面的分析，并对侦查机关可能提出的理由一一作了分析和回应。

辩护人在某某市人民检察院审查起诉期间对此提出自己的意见：

1. 犯罪嫌疑人简某某既不是单位的主管负责人、也不是直接责任人，对其涉案行为是不宜追究刑事责任的。(1)起诉意见书认定简某某系“香港某某某公司股东和经理”与事实不符。简某某系该公司股东、而不是公司的经理，香港某某某公司的法人代表、经理一直就另有其人，简某某只是在公司负责财务工作，从来都没有担任过公司经理。至于公司股东与其在公司担任职务则完全是两个概念，在法律上股东仅是对公司负有出资责任，而不须对公司的行为负责或承担责任。(2)起诉意见书没有明确简某某究竟是本案单位犯罪的主管负责人还是直接责任人，这是起诉意见书的疏漏不当之处。事实上，从起诉意见书的具体表述中，也能看出起诉意见书是把简某某作为单位犯罪的直接责任人来追究的，在起诉意见书认定的案件事实中，简某某的涉案行为仅仅是提供账户(少部分)、收取货款而已，在与朱某某等人买卖手表的业务中既不是决策者、也不是具体的业务联系和经办人，所以简某某不可能是本案单位犯罪的主管负责人，至多是直接责任人。

2. 犯罪嫌疑单位香港某某某公司在本案中是从犯，简某就是从犯中的从犯，情节特别轻微，也不应当追究其刑事责任。起诉意见书认定，“犯罪嫌疑人香港某某某公司在共同犯罪中起次要作用，情节更显轻微和次要，所以，简某某在香港某某某公司的单位犯罪中时适用《中华人民共和国刑法》第 27 条”，因此香港某某某公司在本案中属于从犯。而在香港某某某公司的单位犯罪中，如上所诉，简某某的涉案行为和所起的作用，与具体业务经办人相比较，也无疑是属于从犯。综上所述，辩护人提出要求检察机关对犯罪嫌疑人简某某不起诉的意见。

律师在审查起诉阶段抓住了犯罪嫌疑人简某某在本案单位犯罪中地位和作用显属轻微这一事实理由，结合相关法律论证对犯罪嫌疑人简某某可以免除处罚、不追究刑事责任是成立的。而的确，从侦查机关移送的案件材料来看，简某某的涉案行为和所起的作用相对轻微和次要，所以简某某在香港某某某公司的单位犯罪中也无疑是从犯，既然香港某某某公司在本案共同犯罪中是属于从犯，那么犯罪嫌疑人简某某就是从犯中的从犯。同时辩护人还引用了最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》的规定："关于单位犯罪问题——应当注意的是，在单位犯罪中对于受单位领导指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为的人员，一般不宜作为直接责任人员追究刑事责任。对单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，应根据其在单位犯罪中的地位、作用和犯罪情节，分别处以相应的刑罚，主管人员与直接责任人员，在个案中，不是当然的主、从犯关系，有的案件，主管人员与直接责任人员在实施犯罪行为的主从关系不明显的，可不分主、从犯。但具体案件可以分清主、从犯，且不分清主、从犯，在同一法定刑档次、幅度内量刑无法做到罪刑相适应的，应当分清主、从犯，依法处罚。"上述最高人民法院《纪要》的规定精神对本案是适用的。简某某在本案中实施的少量的、对本案起不到多少作用的行为也是不宜追究刑事责任的。所以，检察机关最终采纳了辩护律师的意见，依法对犯罪嫌疑人简某某作出不起诉决定，以不起诉方式终结案件。

调取关键证言，终还清白与人

——为万某某涉嫌故意伤害致死案无罪辩护

高振华*

案情简介

2006年8月22日下午3时许，犯罪嫌疑人高某某与被害人陈某在临安市钱王大街东309号美容店门口发生争吵，遂伙同周某某、龚某某、李某某等十余名江西省南昌籍老乡对被害人陈某围攻殴打。后被害人陈某向临安汽车东站方向逃跑。犯罪嫌疑人高某某、周某某、龚某某、李某某等人又采用脚踢、足踩等方式对被害人陈某进行追打，造成被害人陈某死亡的严重后果。2006年8月24日至8月29日，犯罪嫌疑人高某某、周某某、龚某某、李某某等人被先后抓获。2006年9月5日，万某某被临安市公安局以案发时在场并参与殴打为名刑事拘留。

辩护人高振华律师接受万某某家属的委托后，经过多次会见万某某并依法调查取证，认为万某某在案件中的行为不构成犯罪，先后向临安市公安局和杭州市人民检察院提交万某某无罪的辩护意见书。

争议焦点

临安市公安局认定万某某于2006年8月22日下午3时许伙同犯罪嫌疑人高某某、周某某、龚某某、李某某等人在临安市钱王大街东309号美容店门口围攻、追打、踩踏被害人陈某并致其死亡。

辩护人则认为万某某是在路过案发现场时看见高某某、周某某、龚某某等老乡正在追赶一名男青年。当时出于本能的反应，万某某认为那名男青年可能是干了坏事后逃跑，所以他在男青年跑过自己面前时伸手去抓男青

* 高振华，男，毕业于浙江大学法律系，浙江六和律师事务所专职律师。

年的衣领。后来男青年挣脱出来继续逃跑时，万某某并未上前追赶，更没有实施殴打行为。

案件结果

2006年11月30日，临安市公安局侦查终结，以万某某等人涉嫌故意伤害致死罪移送临安市人民检察院。临安市人民检察院经审查于2006年12月13日报送杭州市人民检察院审查起诉。杭州市人民检察院在审查期间退回临安市公安局补充侦查两次。2007年4月30日，临安市公安局重报起诉。

2007年6月5日，杭州市人民检察院作出杭检刑不诉〔2006〕488号不起诉决定书，认为临安市公安局认定万某某故意伤害他人致死的事实不清、证据不足，不符合起诉条件，决定对万某某不起诉。2007年6月11日，万某某在被关押279天之后终被无罪释放。

经典评析

辩护律师在侦查阶段会见万某某时，了解到万某某案发时曾帮助老乡拦住被害人，在被害人挣脱后并未继续追赶殴打反而退回目击证人陶某某的小卖部里的情况后，立即向临安市公安局递交了律师意见书，建议侦查机关及时向现场目击证人陶某某等人调查取证，查清万某某并未参与殴打的事实。

在侦查机关未能向现场目击证人调查取证且向检察机关提请逮捕万某某后，辩护律师又立即向检察机关邮递了再次建议向现场目击证人调查取证并提出对万某某不批准逮捕的律师意见书。

在侦查机关以万某某等人涉嫌故意伤害致死罪移送检察机关审查起诉之后，辩护律师充分利用法定调查取证权，积极寻找现场目击证人。经过在案发现场周围的反复寻找，最终找到了两名目击证人。为了消除证人的思想顾虑，辩护律师和同事多次登门拜访，通过耐心细致的沟通解释，取得了证人的理解和配合，终于获取了两份现场目击证人的关键证言。

两名临安当地的现场目击证人陶某某和徐某某分别证实了当时万某某只是在看到老乡追赶被害人且被害人跑到自己面前时伸手抓了被害人，并没有殴打被害人。所以，万某某当时在主观上既没有积极伤害被害人的犯罪故意，也没有跟随其他老乡殴打被害人的意思联络。因为当时万某某并不知晓老乡为什么要追赶被害人，所以出于本能的反应和碍于老乡的情面他伸手去抓了被害人，其行为目的只是要帮助老乡拦住被害人，而决非要帮

助老乡殴打被害人。这一点从万某某在被害人挣脱后并未继续追赶反而退回证人陶某某的小卖部的行为中完全可以得到证明。当时店主陶某某看见万某某退回小店时还问他为什么不去追了,万某某回答说本来自己就是碍于情面帮帮老乡的忙,反正有老乡在后面追,自己就不要去了。这一客观行为足以说明当时万某某根本没有伤害被害人的犯罪故意,反而采取了相对回避的态度。所以,万某某的行为不构成故意伤害罪。

在将这两份证人证言提供给检察机关的同时,辩护律师又递交了分析详尽、说理透彻的无罪辩护意见书。最终,检察机关采纳了无罪辩护的律师意见,作出了不起诉决定。

调查取证是律师进行有效辩护的主要手段。就现有的立法来看,我国法律明确规定了辩护律师具有调查取证的权利。如《刑事诉讼法》第 37 条规定:"辩护律师经证人或者其他有关单位和个人的同意,可以向他们收集与本案有关的材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可,并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意,可以向他们收集与本案有关的材料。"新《律师法》第 35 条规定:"受委托的律师根据案情的需要,可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。律师自行调查取证的,凭律师执业证书和律师事务所证明,可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。"

这些法律规定可以说是对律师调查取证权的肯定和确认。律师之所以需要充分的调查取证权实施保障,是调查取证权在刑事辩护律师业务中的地位、现实必要性和其价值使然:

第一,保障辩护律师调查取证权是刑事诉讼程序公正价值实现的需要。程序公正理念强调程序参与性、机会均等性。而程序参与性与机会均等性的一个重要内容就是要有均等的调查取证权。

第二,保障辩护律师调查取证权是发现实体真相、实现实体公正的需要,有利于全面收集与案件相关的证据,有利于裁判者做到兼听则明,在全面把握案情的基础上依法裁判,并使裁判尽可能符合真相。

第三,保障辩护律师调查取证权是刑事诉讼控辩平衡原则的需要,律师的调查取证也是保障控辩双方平等对抗的重要条件。律师调查取证权的弱化,必然导致控辩力量失衡,既不利于实体公正,也不利于程序公正的实现。

第四,保障律师调查取证权是平衡被追诉者程序利益和实体利益的需要。充分确保律师诉讼权利也是保障犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利的体现。

为保障被追诉者的权利，相对应而言，赋予律师调查取证权则易实现平衡，律师从保护权利的角度收集证据，使得被追诉者的权利有了保障的证据基础。

由此可见，辩护律师充分利用好法律赋予的调查取证权，做到依法调查、敢于调查、善于调查，是取得理想辩护效果的有效途径。

周××不构成玩忽职守罪

——为周××涉嫌玩忽职守案无罪辩护

金秀锋*

案情简介

2008年11月13日，浙江省高级人民法院〔2008〕浙刑再字第2号刑事判决书判决：原审被告人周××无罪。

事情还得从十几年前说起。

1997年1月，兰溪市个体户马××被建德市的何××、叶××以购羽绒为名骗去现金11万余元，马××于同月25日到×市公安局刑侦大队报案，由时任该大队经济探长徐××和周××接待，并制作了询问笔录。1998年6月，马××在桐庐县将何××抓住并拘禁在兰溪家中，想让何××还钱。因何无法还钱，同月15日上午，马××等人将何××扭送到×市公安局刑侦署，由周××接待，周××指派民警钱××负责讯问何××。讯问过程中，为挽回被骗损失，马××分别向周××和钱××提出，仍由其将何××带回去追赃。周××钱××同意马××将何××带回。马将何带回后，同年7月14日，合谋诈骗了价值17万元的棉纱。

2002年5月，何××被抓获，同年8月7日因诈骗马××11万余元被法院以诈骗罪判处有期徒刑六年。何××因涉嫌与马××共同实施合同诈骗于同年12月2日被押回重审。马××也因涉嫌合同诈骗于2003年9月8日被依法逮捕。

2003年12月24日，×市人民法院以私放在押人员罪判处原×市公安局×派出所所长周××有期徒刑一年，缓刑一年。这一判决在当地引起强烈反响。

2004年8月27日，×市人大发函×市中级人民法院要求再审。

* 金秀锋，男，浙江政法联律师事务所专职律师。

2004年11月18日,×市中级人民法院给×市人民法院发出《再审决定书》,指令再审。

2005年1月13日,×市人民法院开庭再审,于2006年1月25日以玩忽职守罪判处周××有期徒刑一年,缓刑一年。周××上诉,委托我为二审辩护人。

2006年4月29日,×市中级人民法院再审终审裁定驳回上诉,维持原判。此后,周××仍然不服,我们也支持他申诉,终于争取到浙江省高级人民法院的再审。

争议焦点

周××的行为是否构成玩忽职守罪。

审理判决

浙江省高级人民法院〔2008〕浙刑再字第2号刑事判决书:本院认为,原审被告人周××身为公安警务人员,明知何××涉嫌诈骗犯罪的情况下,不认真履行职责,应马××的要求,擅自决定私放,导致何××再次实施诈骗犯罪,其玩忽职守行为客观存在。鉴于本案的具体情节和危害后果,被告人周××玩忽职守行为属情节显著轻微,可不认为是犯罪。原裁判对周××的行为定罪并适用刑罚处罚不当,依法应予改判。周××及其再审辩护人提出周××不构成玩忽职守罪的理由成立,予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》第13条、《中华人民共和国刑事诉讼法》第15条第(一)项、第189条第(二)项、第162条第(二)项、第206条及最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释第312条第(二)项的规定,判决如下:

1. 撤销×市人民法院〔2004〕第2号刑事判决书和×市中级人民法院〔2006〕第4号刑事裁定中对原审被告人周××的定罪量刑部分,维持其余部分(原审对钱××不予定罪部分);

2. 原审被告人周××无罪。

经典评析

周××的行为是否构成玩忽职守罪?

我认为,×市中级人民法院2006年4月29日刑事裁定书对上诉人周××作出"驳回上诉,维持原判"的判决不当,请求浙江省高级人民法院依法改判周××无罪。理由是:

一、认定周××构成玩忽职守罪缺乏事实依据和证据支持

×市人民法院〔2003〕第425号刑事判决书认定周××构成私放在押人员罪。×市人民法院2006年1月25日〔2004〕第2号刑事判决书认定周××构成玩忽职守罪。公诉人在再审中仍然指控周××是私放在押人员罪。×市中级人民法院2006年4月29日〔2006〕第4号刑事裁定书认定周××构成玩忽职守罪。公诉人在再审二审中没有坚持周××是私放在押人员罪，并对本辩护人"周××不构成玩忽职守罪"的辩护意见表示"从理论上来理解是可取的"。对于周××构成私放在押人员罪的事实已经被否决，而对周××构成玩忽职守罪的证据，公诉人并没有向法院提供。如果公诉人以私放在押人员罪的证据作为玩忽职守罪的证据，也应当根据《刑事诉讼法》第47条的规定，"证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。"再审时没有对周××构成玩忽职守罪的证据进行质证。再审二审，本辩护人在法庭上着重提出这个问题，审判人员问检察机关是否有书证、物证出示？出庭检察员表示没有。因此，在检察机关没有出示周××构成玩忽职守罪的书证、物证的情况下，再审二审裁定书"驳回上诉，维持原判"，仍然认定周××构成玩忽职守罪不仅仅是证据不足，而是没有证据的问题。

二、周××的行为不构成玩忽职守罪

《刑法》第397条规定："国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。"而周××的行为无论在行为性质、损害后果、行为与损害后果的因果关系和法律适用上与玩忽职守罪都是不相符的。

1.再审二审裁定书没有区分行政责任与玩忽职守罪的界限。本案中，当马××将何××扭送×公安局刑侦署时，其性质属民间的债权债务纠纷还是诈骗犯罪是不明确的。马××将何××扭送公安部门，目的是拉大旗作虎皮，逼何××还债。如果他真的想通过有关部门处理何××，那么，他应将何××扭送公安经侦部门。根据当时的证据材料和公安机关的内部分工，周××既无权管辖，更无权对何××采取刑事强制措施，也就是说周××并无法定职权可以供他"玩忽"。何况当时公安部三令五申公安机关不要

插手经济纠纷，如果周××插手经济纠纷，则违反《公安机关办理刑事案件程序规定》，有"滥用职权"之嫌了。

2. 再审二审裁定书没有理清周××行为与损害后果的因果关系。本案中，周××让马××自行带回何××向经侦大队举报，这与两人后来合作诈骗第三人不存在《刑法》上的"必然因果关系"，甚至连"偶然因果关系"都谈不上，更说不上主要或直接因果关系。退一步说，周××将案件移送经侦大队处理，根据当时的事实和证据及惯例，经侦大队也不一定立案并决定拘留何××。根据×市公安局经侦大队统计，类似的案件当时的立案率不到30%，70%以上是不立案的。如果放走的人又犯罪了，就追究经办人的刑事责任，显然是错误的。再审二审裁定书认为周××"私放何××，致使何××再次进行诈骗犯罪的活动"，是人为构筑了周××行为与损害后果的因果关系，导致周××承担不应当由其承担的刑事责任。

3. 再审二审裁定书认定的损害后果未达到构成犯罪的数额标准。根据1999年9月16日《最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》(试行)(二)玩忽职守案(第397条)"玩忽职守罪是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行或者不认真履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

涉嫌下列情形之一的，应予立案：

(1)造成死亡1人以上，或者重伤3人以上，或者轻伤10人以上的；

(2)造成直接经济损失30万元以上的，或者直接经济损失不满30万元，但间接经济损失超过100万元的……"

而本案中，马××带回何××后，两人诈骗价值为17万元的棉纱。所以，即使要周××承担这两人的损害后果，也没有达到最高人民检察院规定的构成犯罪30万元以上的立案数额标准。

4. 再审二审裁定书认定周××的行为"造成恶劣的社会影响"，这是言过其实，并且规避法律。首先，根据《刑法》的适用原则，凡法律有具体明确的量化标准的，应该适用量化规定，而不能随意选用不能量化的"恶劣社会影响"的规定；其次，根据"高检"的规定，"造成恶劣的社会影响"其程度应相当于"严重损害国家声誉"，也就是说其事件至少应该达到涉及面广、负面效应大、知悉者多，在公众中影响恶劣的程度，而就本案来说，远未达到这一程度；其三，审理和判决中都没有出现"造成恶劣的社会影响"的事实和证据，我们不能以司法人员主观推断作为定罪的依据。

5. 再审二审裁定书适用法律违背了法条竞合的适用原则。公诉人在再

审二审中没有坚持指控周××是私放在押人员罪，也没有明确说周××是玩忽职守罪，其态度是任由法官定夺。《刑法》第397条玩忽职守罪和《刑法》第400条的私放在押人员罪，两者之间存在包容竞合关系。从形式逻辑上讲是属种关系。概念的从属关系，是客观事物一般与特殊的关系的反映，属概念反映某类事物的共同性，种概念反映某类事物中的某一小类事物的特殊性，小类事物总是包括在其同类事物之中的。既然再审判决书已经否定周××是私放在押人员罪，又肯定周××玩忽职守罪，好比否定是黑猫却又认定是猫，这是违背形式逻辑学科学的。在法理上讲，这又是普通法与特别法的关系，根据法条竞合的适用原则，特别法应当排斥普通法的适用，这在我国《刑法》学界已经成为定论。周××根据《刑法》第400条评价无罪而换《刑法》第397条定罪，这违背了法条竞合的适用原则。

6. 再审二审裁定书认定周××"明知何××涉嫌诈骗犯罪"，这是强加于人，以此定周××玩忽职守罪是无限上纲。根据马克思主义认识论，认识是辩证运动过程。人对事物的认识往往不是一次就可以完成的。人对事物认识的偏差，所谓"横看成岭侧成峰"，并不违背马克思主义认识论。在当时的条件下，仅凭口述，周××不可能"明知何××涉嫌诈骗犯罪"。后来何××真的涉嫌诈骗犯罪，以此来推论周××当时就"明知何××涉嫌诈骗犯罪"这种逆向推理是不科学、不严谨的。况且，再审二审裁定书的认定也是自相矛盾的。根据我国《刑法》理论，玩忽职守罪是过失犯罪，既然认定周××"明知何××涉嫌诈骗犯罪"，那就不是玩忽职守罪。过失和明知是相互排斥的。

综上，无论根据我国《刑法》的法理、法条还是逻辑推理、认识理论等，周××的行为均不构成玩忽职守罪。

三、周××的行为已经过了追诉期限，依法不再追诉

《刑法》第87条规定："犯罪经过下列期限不再追诉：

（一）法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年……"

《刑法》第89条规定："追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算。"从字面上理解，《刑法》规定的是从行为实施终了时起，这是没有疑义的。

本案中，周××的行为发生在1998年6月15日。如果说玩忽职守罪是结果型犯罪，必须发生了严重结果才构成犯罪，那么，何××1998年7月11日诈骗犯罪就是危害后果发生之日，追诉期限也只能从该日起计算。而

2003 年 10 月 14 日周××才被追诉，两者相距五年零三个月。很明显，即使周××构成玩忽职守罪，也因为早就经过五年追诉期限而不应该再追诉。

再审二审裁定书认定“此恶劣影响一直处于持续状态”，这是对法律规定的任意曲解。如果按照“影响”计算追诉期限，将找不到追诉期限的起算日，实际上就否定了时效的法律规定。

周××多年来一直奋战在公安第一线。1985 年省警校毕业后先后担任刑侦大队中队长、副大队长、派出所所长等职。在 18 年的从警生涯中两次荣立三等功，被评为“优秀侦查员”、“人民满意警察”，曾经被×市列为“全市十佳卫士”候选人，也受到人民群众“三个代表深贯彻、立破奇案建奇功”，“人民卫士、迅速破案”的赞扬。周××所涉案由的实质是工作上的不周到，应该由行政教育处理而不宜用刑法来调整。如果为了某些原因硬要定罪，势必违背罪行法定原则和罪刑相适应原则，会在司法界造成负面影响，不利于公安民警的权益保障。胡锦涛总书记在党的十七大上提出的科学发展观，其核心是以人为本，强调保障人民各项权益。中共中央政治局常委、中央书记处书记、国家副主席、中央深入学习实践科学发展观活动领导小组组长习近平，当年担任浙江省委书记时，在听取浙江省高院党组工作汇报后强调：“要更新司法理念，在刑事审判中，要确立‘无罪推定’、‘疑罪从无’等现代司法理念。”我觉得他讲的很专业，很有道理。办案要考虑社会效果，要经得起历史的检验。从 2003 年 10 月 14 日周××被刑事拘留，多次的审判和不断的申诉延续至今，希望人民法院“坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”，作出一个让人心服口服的判决。

（二）人民法院能否随意变更指控的罪名

×市人民法院〔2003〕第 425 号刑事判决书认定周××构成私放在押人员罪。×市人民法院 2006 年 1 月 25 日〔2004〕第 2 号刑事判决书认定周××构成玩忽职守罪。人民法院随意变更指控的罪名，根据我国《刑事诉讼法》的规定是有问题的。

1. 违反了《刑事诉讼法》控审分离的原则。《刑事诉讼法》第 3 条规定：“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审，由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。”《刑事诉讼法》要求“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证

准确有效地执行法律。”不能包办代替，更不能越俎代庖。

2. 违背了刑事诉讼不告不理的原则。《刑事诉讼法》第150条规定：“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。”第47条规定，“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。”《刑事诉讼法》不告不理的原则，是对法院职权的限制。法院只能就检察机关所指控的罪名进行调查和审判，随意变更指控的罪名，等于剥夺了被告人及其辩护律师的辩护权利，丧失了法院中立的身份。

3. 违背了刑事诉讼中的公平公正原则。法律最根本的问题是公平公正正义。《刑事诉讼法》第2条规定：“中华人民共和国《刑事诉讼法》的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争，以维护社会主义法制，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。”人民法院对提起公诉的案件进行审查，在整个刑事诉讼过程中要把住最后一道关。随意变更指控的罪名，就丧失了对被告人权利最后的保护，突破了司法公平公正正义的底线。

人民法院能否随意变更指控的罪名？我是持否定态度的。再审时检察机关并没有指控周××构成玩忽职守罪，也没有对周××构成玩忽职守罪举证证明，人民法院就以原审私放在押人员罪的材料认定周××构成玩忽职守罪，我认为是不妥当、不严肃的。尽管中院和高院都回避了这一问题，我还是提出这个问题，作为理论研究探讨。

不抛弃，不放弃

——从一起死刑改判案分析公诉机关定性准确时律师的作为

胡湘英*

案情简介

2008年8月28日，我所接受浙江省法律援助中心的指派，为一审因抢劫被判处死刑的上诉人(原审被告人)李甲提供法律援助。我们接到任务，经到省高院阅卷、会见李甲后，掌握案件事实及一审情况基本如下：

一审被告人5名：李甲、罗某、何某、张某、李乙；被害人：包某；上诉人：李甲。

案情经过：罗某、何某、张某与被害人包某系温州市瓯海区某服饰厂工友，且均相识。2007年12月初，罗某、何某、张某得知包某领取较大数额工资，在要求包某请客未果后，三人即共谋对包实施抢劫。同月5日晚，罗某以自己、何某、张某与包某太熟不便动手为由，打电话纠集李乙，李乙又叫上与其在一起的堂兄李甲共同参与抢劫。五被告人随即碰面，罗某、何某、张某向李甲、李乙介绍了包某特点、身边财物等情况，后商定由何某负责将包某引至偏僻路段，由李乙、李甲动手抢劫。何某按约前往工厂引诱包某。罗某、张某、李甲、李乙则在附近等候。期间，张某根据罗某的授意，返回宿舍拿取其与罗某事先买好的单面刃水果尖刀交给李甲，因与包某太熟怕被包看见，张某随即离开。后，何某将包某引至附近，罗某追上假装与包某、何某聊天，李甲从后面跟上，借故推打包某。包某左右躲闪，李甲持水果刀捅刺包某右胸下部一刀。见包某被刺出血，李甲即将刀弃于路口转弯处草丛中，与随后赶上的李乙一起逃离现场。罗某、何某见状将包某送至医院抢救，但包某终因右肋弓部被捅刺致急性失血性休克和右侧血气胸经抢救无效而死

* 胡湘英，女，毕业于河北大学，法学硕士，主要从事房地产业务，浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

亡。后罗某报案、李乙协助抓捕，李甲归案。

一审判决，以抢劫罪对上述被告人分别判刑；其中，判处李甲死刑。李甲不服，向省高院提起上诉。

争议焦点

经过分析，我们认为此案一审判决认定案件事实是正确的，定性也是准确的，李甲的确构成抢劫罪，也确是抢劫中持刀捅刺被害人，导致被害人死亡的直接实施者。这样，二审争议焦点就锁定在量刑方面，主要归结为以下两点：

1. 李甲是否罪行极其严重，犯罪情节是否属特别恶劣？

2. 是否必须对李甲适用死刑立即执行？

审理判决

经二审开庭审理后，浙江省高级人民法院认为：原判定罪和适用法律正确，审判程序合理。各被告人以非法占有为目的，采用暴力手段劫取他人财物，其行为已构成抢劫罪；对被告人罗某、何某、张某、李乙量刑适当；被告人李甲持刀捅刺被害人致其死亡，后果严重，但鉴于李甲犯罪时未满 19 岁，涉世不深且并非本案纠集者等具体情况，对其判处死刑可不立即执行，对李甲的量刑部分予以改判。

浙江省高级人民法院终审判决如下：

1. 撤销原审判决中对被告人李甲的量刑部分，维持其余部分；

2. 被告人李甲犯罪抢劫，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

经典评析

本案最终能够对李甲由死刑改判为死缓，可以说与我们围绕“量刑”争议焦点确定辩护思路是分不开的。我们围绕量刑，确定了如下辩护思路：

1. 死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行；

2. 刑法强调罪、责、刑相适应原则；

3. 国家对死刑的慎用态度。

按照这样的辩护思路，我们在撰写辩护词时抓住以下重点：

1. 李甲的行为不同于光天化日下抢劫；李甲刺中被害人，系拉扯中不小心所致，被害人死亡结果并非李甲积极追求的；李甲刺中被害人后，在完全

可轻易劫财的情况下，主动放弃劫财之念。这些都可体现出李甲的主观恶性不大、人身危险性相对较小、情节不属于特别恶劣、社会危害性也不应算“极大”，所以可不必立即执行。

2. 李甲系被纠集者，并非组织策划者。

3. 李甲只有 19 岁，且有悔过之意，希望能够宽大处理。最终，终审判决采纳辩护人的意见，对李甲改判为死缓。

此案现在虽已终结，但案件折射出的问题——公诉机关对案件定性准确时，辩护律师应有何作为、应如何作为，仍旧值得我们认真思考。现结合我们办案的一些体会，就这一问题作如下分析，与大家共同探讨。

一、公诉机关对案件定性准确时，辩护律师应从头分析、确定最终辩护方案

人总是希望利益的最大化、损害最小化，因此无罪总是当事人的追逐目标，也是我们着力追求的最优辩护方案。作为辩护律师，我们的思维路径都是首先要考虑作无罪辩护，最大限度地保护当事人利益；其次再考虑作“定性错误”的辩护，以期判为刑罚较轻的罪名；最后才考虑作量刑辩护。

面对公诉机关已作出的定性，我们应该坚定信心、步步为营、稳扎稳打。首先应充分了解案情、弄清事实，看在指控事实方面，是否存在认定错误、证据不足的情况，以便作无罪辩护；然后，结合事实正确分析公诉机关定性是否准确、起诉罪名是否正确，以便作“定性错误”的辩护；按照上述步骤分析后，认为公诉机关定性准确，也不要认为没有希望了，不能够有放弃和气馁的心理，要认识到从量刑上争取，也能维护当事人利益，甚至可以挽救当事人的生命。

辩护律师要找到最有利的因素，并要对判决结果作出充分的估计，然后确定辩护方案。在这一分析、选择和确定的过程中，一步一步排除、确定最后的辩护方案。

二、公诉机关对案件定性准确时，辩护律师应最大限度挖掘量刑潜力

在一步一步确定为适用量刑辩护方案后，可以从多方面挖掘“量刑”潜力：

1. 根据犯罪的事实、性质、情节、社会危害程度进行量刑辩护。

我国《刑法》第 61 条明确规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度，依照本法的相关规

定判处。"所以，辩护律师可以结合案件具体情况，从事实、性质、情节及社会危害程度方面分析，进行量刑辩护。

2. 考虑被告人有无法定从轻、减轻或酌定从轻的情节进行量刑辩护。

我国《刑法》第62条规定"犯罪分子具有本法规定的从轻处罚情节的，应当在法定刑的限度以内判处刑罚"；第63条规定"犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚。犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。"第67条规定"对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚"；第68条规定，"犯罪分子有立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚"。第37条规定，"对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚"。还有犯罪中止的、未遂的、从犯等等，都是法定从轻、减轻、酌定从轻量刑的依据，辩护律师可以结合具体情况提出从轻、减轻或免予刑事处罚的量刑辩护意见。

3. 正确运用刑法的基本原则，进行量刑辩护。

(1)运用"罪责刑相适应原则"。

我国《刑法》第5条规定："刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应"，即罪责刑相适应原则。该原则是指，犯多大的罪就应承担多大的刑事责任，法院也应判处相应轻重的刑罚，做到重罪重罚，轻罪轻罚，罚当其罪，罪刑相称；在分析罪重罪轻和刑事责任大小时，不仅要看犯罪的客观社会危害性，而且要结合考虑行为人的主观恶性和人身危险性，把握罪行和罪犯各方面因素综合体现的社会危害性程度，从而确定其刑事责任程度，适用相应轻重的刑罚。

(2)运用"适用刑法平等原则"。

《刑法》第4条即是对这一原则的规定："对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。"运用这一原则，要正确理解和运用其内涵，主要包括：①就犯罪人而言，任何人犯罪都应受到法律的追究，任何人不得享有超越法律规定的特权，对于一切犯罪行为，不论犯罪人的社会地位、家庭状况、职业状况、财产状况、政治面貌、才能业绩如何，都一律平等地适用刑法，在定罪量刑上一视同仁，不应有所区别对待，依法惩处。② 对被害人而言，任何人受到犯罪侵害，都应当依法追究犯罪，被害人同样的权益，应当受到刑法同样的保护；不能因为被害人的身份、地位、财产状况

等情况的不同而对犯罪人予以不同的刑法适用。③但这一原则并不否定因为犯罪人或被害人特定的个人情况而在立法上、司法上允许定罪量刑有其符合刑法公正性的区别。如犯罪人的主体情况以及被害人的个人情况等。主要看犯罪人、被害人的身份等个人情况对犯罪的性质和危害程度有无影响,有影响的在定罪量刑时有所区别,无影响的不应有所区别。辩护律师可以灵活运用各层内涵,选择不同的切入点。

(3)各原则可以共同运用也可选择运用。

刑法基本原则的问题是刑法中一个具有全局性、根本性的问题,辩护律师要准确地理解刑法基本原则的真谛,结合每个案件的具体情况,选择运用某个或者同时运用多个刑法基本原则进行量刑辩护,并且在运用基本原则时找准切入点,才能更好地维护当事人的合法权益,同时为保障人权和维护社会秩序作出贡献。

4. 结合国家政策、态度和立法本意进行量刑辩护。

(1)宽严相济的刑事政策。

2006 年 10 月召开的十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》明确要求:“实施宽严相济的刑事司法政策,改革未成年人司法制度,积极推行社区矫正。”宽严相济的刑事司法政策被确定为构建和谐社会的重要部分。宽严相济的“宽”是指宽大、宽缓和宽容,主要有以下两层含义:一是该轻而轻,二是该重而轻。该轻而轻,是对于那些较为轻微的犯罪,本来就应当处以较为轻缓的刑罚;该重而轻,是指所犯罪行较重,但被告人具有法定和酌定情节,而予以宽宥,在本应判处较重刑罚的情况下判处较轻刑罚,充分体现了量刑宽宥的司法政策。

作为辩护律师,可以从被告人平时一贯的表现、犯罪是否一时冲动、是否与不良社会风气的影响有关、犯罪时的精神状态、犯罪的动机、作案工具、作案后的后续行为、被害人在本案中是否有过错等等方面,为被告人寻找从宽处罚的依据,在辩护中结合宽严相济的刑事政策,为被告人争取从宽处罚的机会。

(2)国家对死刑的慎用态度。

《刑法》第 48 条规定:“死刑除依法由最高人民法院判决的以外,都应当报请最高人民法院核准。”并且,最高人民法院通过了《关于统一行使死刑案件核准权有关问题的决定》,自 2007 年 1 月 1 日起,死刑除依法由最高人民法院判决的以外,各高级人民法院和解放军军事法院依法判决和裁定的,都应当报请最高人民法院核准。2008 年 12 月最高人民法院又公布实施了

《关于适用停止执行死刑程序有关问题的规定》。

这些都体现出国家和最高院对死刑的慎用态度，辩护律师也可将国家对死刑的慎用态度体现在量刑辩护中。

(3)《刑法》的立法本意是惩罚与教育相结合。

我国《刑法》确定的刑法基本原则和第46条中规定的“被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育和改造。”都体现出我国《刑法》的立法本意是惩罚与教育相结合。惩罚不是目的，只是一种手段，应以教育为主。惩罚教育相结合的立法本意也体现出《刑法》注重对犯罪人的感化，对于鼓励犯罪分子悔过自新具有重要意义。因此，国家提倡在定罪量刑时应充分考虑对被告人的教育和改造问题。辩护律师也可运用到量刑辩护中。

综上可见，在公诉机关定性准确时，辩护人应始终保持“不抛弃、不放弃”的心态，要百折不挠，不轻言放弃。从介入案件开始到最后辩护都要充分发挥主观能动性，即便不能选择最优的“无罪辩护”方案，也可大有作为！

农民自发制止非法施工不构成犯罪

——叶某一等人被指控涉嫌“聚众扰乱社会秩序案”

吕思源　吕　健*

案情简介

温家宝总理指出，征用土地过程中，侵害农民利益，是我国急需纠正的一个大问题。叶某一等7名被告人，自发制止非法施工被指控涉嫌聚众扰乱社会秩序罪，后经吕思源、吕健等11位律师为其作无罪辩护，获得成功。具体案情简介如下。

某市人民检察院指控：近年来，因国家建设需要，政府依法陆续征用本市某镇某村土地，并按规定给某村一些“返回地”。2002年5月间，为了尽快把村里的“返回地”分到村民手里，被告人叶某一、叶某二、朱某某等人先后两次在被告人叶某二家商议，被告人叶某一、叶某二等人提议阻止某豪庭、某某人家、旧城办拆迁安置房建筑工地的施工。事后，通过被告人朱某某等人将这些意见在某村村民中散布，并经被告人吴某某等人积极鼓动，导致村民连续多次到上述三个建筑工地闹事，阻挠工地施工。由于被告人等某村部分村民多次到上述三个工地阻挠施工，致使工地无法正常开工建设，某单位建筑工地延误工期两个月，某某旧城办安置房建筑工地延误工期2个月，造成严重的经济损失和较大的社会影响。

吕思源、吕健等律师作了无罪辩护。

争议焦点

叶某一等人的行为，是否构成“聚众扰乱社会秩序罪”？

* 吕思源，男，毕业于浙江师范大学，从事刑事、经济、行政等领域的诉与非诉业务，浙江思源昆仑律师事务所专职律师。

吕健，女，毕业于浙江师范大学，从事刑事、经济、行政等领域的诉与非诉业务，浙江思源昆仑律师事务所专职律师。

控方认为被告人叶某一、叶某二、朱某某等人结伙积极参加聚众扰乱社会秩序，情节严重，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第290条第一款，构成聚众扰乱社会秩序罪。

辩方则认为叶某一等人的行为不构成聚众扰乱社会秩序罪，因为叶某一等人的行为不符合聚众扰乱社会秩序罪的构成要件。本案施工单位无施工许可证而施工，显属违法施工，这不是正常的生产秩序，法律不予保护。叶某一、叶某二、朱某某等七位农民和某村的广大村民一起阻止施工单位违法施工的行为，是正当的行为。

审理判决

2003年3月21日，某市人民法院作出一审判决：认为叶某一、叶某二等结伙积极参加聚众扰乱社会秩序，情节严重，其行为已触犯刑律，构成聚众扰乱社会秩序罪。判处叶某一、叶某二有期徒刑八个月，缓刑一年；判处张某某、朱某某各有期徒刑七个月，缓刑一年；判处吴某某拘役三个月，缓刑六个月；免予何某某刑事处罚。

被告人均不服判决而上诉。该市所在地中级人民法院审理了此案后，将本案发回重审，在重审的过程中某市人民检察院撤回起诉，公安机关以不构成犯罪撤销案件。被告人被无罪释放。

经典评析

我国《刑法》第290条规定了本罪。聚众扰乱社会秩序罪，是指聚众扰乱党政机关、企业、事业单位和人民团体的正常活动，情节严重，致使工作、生产、营业和教学、科研无法进行，给国家和社会造成严重损失的行为。

构成本罪的四要件是：

(1)本罪侵犯的客体是社会秩序。

(2)本罪的客观方面表现为：行为人聚众以各种手段扰乱党政机关、单位、团体的正常工作，使其无法进行工作，给国家和社会造成严重损失的行为。

(3)本罪的主观方面是故意。行为人往往是意图通过扰乱活动，给有关机关、单位和领导施加压力，以实现自己的无理要求。

(4)本罪的主体是一般主体。

本案叶某一等人的行为不构成聚众扰乱社会秩序罪，主要理由如下：

一、叶某一等人不具备构成本罪的“客体”要件

聚众扰乱社会秩序罪侵犯的客体是正常的社会秩序，而正常的社会秩序的前提是合法。基于违法行为的所谓“秩序”，不仅不受法律保护，而且人人有责、人人有权予以制止。

1. 无证施工的施工秩序，应依法制止，不应保护。《中华人民共和国建筑法》第 7 条明文规定：“建设工程开工前，建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证。”而本案“某单位”工地、“旧城改造安置房”工地无《建设工程施工许可证》施工，显然是违法施工。这种无证施工的非法施工秩序不应保护。对此，控方在庭审中是这样辩解的：(1)控方对某单位的无证施工的辩解称：“万家”房地产公司向新区管委会打了《关于要求某单位基础先行试桩的报告》已经经过管委会批文同意先行试桩，属手续齐备，合法施工。此说认为“批文”等于《建设工程施工许可证》，这种说法显然是错误的。(2)控方对“旧城改造安置房工地”无证施工的违法行为是这样辩解的：“现代”建设开发公司与旧城改造发展公司有“代建”《协议书》，系“旧城改公司”委托“现代公司”施工，因此其施工有合法依据。此说认为：两个建设单位之间签订的“代建”《协议书》等于《建设工程施工许可证》，这显然也是错误的。

2. 不挂施工许可证施工的违法“秩序”，应依法制止，且人人有权制止。《建设工程施工许可证管理办法》第 1 条明文规定：“为了加强对建筑活动的监督管理，维护建筑市场秩序，……制定本办法。”第 6 条第二款规定：“施工许可证应当放置在施工现场备查。”《施工现场文明卫生试行标准》第 2 条明文规定：“现场出入口设大门，大门的门框或门柱必须牢固，并有门牌标识、安全标志和建筑施工许可证牌。”在《建筑工程施工许可证》的注意事项中也强调：“本证放置施工现场，作为准予施工的凭证”。可是本案的全部材料证实，三个工地没有一个将施工许可证放置在现场。因这三个工地都没有能出示合法的有效的凭证——《建设工程施工许可证》，村民们要求其停止施工是合法的。同时，对于出示了合法施工审批手续凭证的“某小学工地”和“高速公路办工地”，虽同样征用的是某村的土地，村民们就没有阻止其施工，这再一次证明：某村广大村民阻止的只是无证或不出示合法施工许可证的三个工地，这是完全合法之举！

二、叶某一等人不具备本罪的客观方面要件

在这"客观方面"问题上——控方有个难以弥补的问题:无"聚众"行为证据。控方在庭审中认为:"自发"等于"组织"。这显然是错误的。

所谓"聚众扰乱社会秩序罪",其"客观方面"必须具备"聚众"和"扰乱"两方面行为。

何谓"聚众"?就是行为人通过策划、组织、指挥等手段,将"众人"纠集一起的行为。而综观本案没有关于叶某一通知任何一个人去工地的证据,全案没有一个"聚众"的证据,因此,控方"巧妇难为无米之炊",在起诉书中列不出一个"聚众"的首要分子,只好统统冠之为"积极参与者"将七位村民起诉。

关于"聚众"问题,控方在庭审中认为:"自发"等于"组织"。

控方认为:如果没有人组织,怎么会发现工地上进行施工,就有人打电话呢?如果没有人组织怎么会在同一时间,这么多人聚集到工地?如果没有人组织,怎么会这么多人聚合在同一地点?如果没有人组织,一次巧合会有,怎么会有这么多次的巧合?于是,控方作出这样的"结论":"没有人组织是不可能的。"

即使有这么多"如果"也推不出"有人组织"的结论:

其一,有人及时通知,只能证明村民对集体的关心,只能证明村民对与自己戚戚相关的集体利益的关心,更证明村民"阻止非法施工"的主动性和积极性,证明村民的行为的无人组织的自发性。

其二,所谓"同一时间去"这个说法本身不客观,事实上去时是有先有后的,而且即便几十个人、几百个人同一秒钟到现场,也只能证明村民对集体利益负责的齐心,更证明是村民行动的自发性。

其三,所谓"到同一地点去"的问题。因为工地是特定的。哪个工地开始非法施工,村民自然赶到哪里去。不能证明有组织。

其四,所谓"次数之多"。这只能证明非法施工的次数之多。只有非法施工的发生,才会有阻止非法行为的发生,这是有因才有果。亦恰恰只能证明村民阻止非法施工的主动性、积极性和自发性。

其五,"商议对策"不等于"聚众"。

尽管对本案所谓"商议对策"之说,在全案证据尚存在重重矛盾,且庭审中七名被告人均称只是商量选举村书记、村主任,没有商量阻止工地施工的事,卷宗的很多证据中亦称只是商量议论选村书记和村主任之事,并未提及

阻止工地施工问题。因此，不能任意确定有提议阻止施工事宜，即使我们假设此“商议对策”为“真”，也不等于“聚众”。

其六，“散布”亦不等于“聚众”。

即使朱某某等人真有“散布”行为，也仅仅是“散布”而已，不等于“聚众”，况且全案全部证据没有证明叶某一叫朱某某等人散布的。更何况，商议的意见不是村民必须服从的“命令”。因此不能把村民自发的行为，说成是接受“散布”的“意见”的行动，因为两者之间没有必然的因果关系。

其七，所谓吴某某等人的“积极鼓动”亦不等于“聚众”。

吴某某等人的所谓“鼓动”，她们没有称是受了“散布意见”才去“鼓动”的，因此证明与上述的“提议意见”、“散布意见”是无关的行为，怎么能牵强附会在一起呢？

前述可见，朱某某等人的散布行为、吴某某的行为，与叶某一的行为是各自孤立的行为(因为没有证据证实其中的具体联系)，不能凭主观推测将各自孤立的行为和村民的自发行动，强加在叶某一等人的身上。

三、叶某一等人也不具备聚众扰乱社会秩序罪的主观要件

聚众扰乱社会秩序罪的主观要件是指行为人必须具有扰乱社会秩序的主观故意。纵观全案全部证据，足证叶某一等人不具备这个故意。请看事实：

其一，叶某一等人一直是遵纪守法的好公民，他们没有任何仇恨社会的表现，他们不会也不可能去故意扰乱社会秩序，控方至今也没有足证叶某一等人有聚众扰乱社会秩序的故意的证据。

其二，按控方起诉书的指控，称叶某一等人的目的是“为了尽快把村里的‘返回地’分到村民手中”，而提议阻止工地施工，因而构成聚众扰乱社会秩序的“故意”。但这显然是违反逻辑的，这犯了逻辑的“推不出”错误。

(1)即使叶某一等人真有此“提议”，但“提议”仅仅是“提议”，而不是“决议”。如果是违法的、错误的“提议”，当今村民都有法律觉悟，不会赞同。

(2)叶某一等人的“目的”是“为了尽快把村里的返回地分到村民手中”，这也不是违法的，而是合法合理的。这里还必须指出某村的广大村民是十分通情达理的，对出示了施工许可证的工地施工不予阻拦，而对没有施工许可证的某单位工地、旧城办房改安置房工地进行阻拦，及对不出示施工许可证的公爵二期工地进行阻拦，足见其行为的合法性和目的的合法性。

由此可见，叶某一与村民们的行为故意，是为了维护村民集体的合法权

益，是为了依法施工，这正是为了维护依法治国的合法、正常的社会秩序，而绝非扰乱合法的社会秩序。请看控方提供的证据，问题更加一目了然：

其一，控方举证的叶某某(施工现场管理员)的证词称：

“村民们对我们说，叫我们先不要开工，说我们工地的土地是他们村的回扣地(即返回地)，说我们(施工)手续不全，钞票还没有到村民手里等话，后来他们就慢慢地散去了。”

从这个证词可以证明如下问题：

村民们当时在工地提出要其停工的理由有三：第一个理由：村民们认为这个工地就是给某村的返回地。

村民的第二个理由：“钞票还没有到村民手里”。这是铁打的事实。《结算清单》证明直到案发后的 2002 年 12 月份，征地方管委会尚欠某村土地补偿费 722.5 万余元。

村民的第三个理由是“施工手续不全”。本案两个工地无证施工、一个工地只有违法无效的施工许可证，均属非法作业，且有无效施工许可证的公爵二期工地的施工者也没有悬挂施工许可证的牌和向村民出示，在这种情况下，村民们要施工者先停止施工，不能说他们的“主观故意”是扰乱社会秩序和施工秩序。

其二，钱某某(施工人员)称：“村民说工地的土地是他们村里的，事情没有解决好，不让工地施工，叫我们马上把打桩机运出去。”

此证言亦证明村民们阻止施工的理由为：征地一事没有解决好，事实上返回地有关事宜未落实，征地补偿费还欠着巨款，按照《征地协议》第 9 条约定，征地方不得在其村征用的土地上施工，如施工有权干涉。因此村民阻止非法施工的行为是合法之举。

其三，张某某称：村民叶某三说：“此工程土地系向某村征用的，某村的返回地基还未分下来，就不能动工兴建。”

其四，周某某(华电公司人员)称：“他们(某村村民)的理由是，此工地的土地就是向某村征用，征用问题未解决好，不准开工建设。”

其五，孙某某(华电公司人员)称：“他们(某村村民)说：此工地使用问题，某村还没有与开发公司(应为“管委会”之误)解决好，不准开工建设，不准施工。”

其六，陈某某(华电线路工)称：“(村民们)对我们说：工地的土地是他们某村的，说公司(应为“管委会”之误)还没有跟他们村里解决好征地事情，并说此后在没有跟他们村里解决好征地事情前不许开工。”

其七，张某某（现代公司总经理）称："2002 年 4 月初开始进场建设，但开工没几天某村的部分村民不知从何处运来一扇大铁门将工地出入口封上，并用水泥架空板将铁门堵上，致使至今施工设备无法进入。"

该市所在地中级人民法院以"事实不清、证据不足"为由撤销原判，发回重审是正确的，这对其后叶某一等 7 位农民最终无罪释放，起了决定性的作用。

建筑与房地产篇

拆迁补偿中的“同等条件”

——孙某诉某某置业有限公司拆迁安置补偿纠纷案评述

李国刚　崔满兴*

案情简介

申请人:孙某

被申请人:某某置业有限公司

2006年,被申请人某某置业公司开发建设马鞍山市当涂县招商引资项目、安徽省重点工程“中国·博望刃模具市场”。因项目建设需要,被申请人依法申领拆迁许可证,并委托当涂县房屋拆迁安置事务所实施拆迁。

拆迁过程中,被申请人依法与各被拆迁人根据拆迁法律法规及《当涂县博望镇房屋拆迁补偿实施细则》签订相关拆迁补偿协议并依约给予了拆迁补偿。

申请人与被申请人于2006年4月28日签订一份《房屋拆迁补偿安置协议书》,约定被申请人将拆迁申请人所有的位于博望镇镇西村拆迁范围内的房屋及附属设施。被拆迁房屋面积为971.24平方米,被申请人补偿申请人1437265.30元,同时,还将协调申请人安置土地面积4亩用于异地回迁。2007年1月16日,被申请人与申请人签订一份《补充协议》,约定被申请人一次性补偿申请人30000元,申请人不再提及任何费用补偿问题。同时被申请人承诺在后面的拆迁过程中,如有同等条件下的赔偿标准高出申请人拆迁标准5%～10%的情况下,被申请人也给予相应增加。2007年8月5日,被申请人与申请人又签订一份《协议书》,约定,申请人终止拆迁补偿的

* 李国刚:男,毕业于杭州商学院,浙江大学民商法研究生,主要从事建筑房地产业务,民商事诉讼及非诉讼法律事务,浙江君安世纪律师事务所专职律师。

崔满兴:男,毕业于浙江大学,主要从事民商事诉讼及非诉讼法律事务,浙江君安世纪律师事务所专职律师。

诉讼及信访活动，不再进行投诉。申请人对被申请人的安置补偿无异议，被申请人一次性再补偿申请人损失 30000 元，申请人不再提及任何经济补偿问题。期间，被申请人均已依约支付申请人各项补偿款并协调安排申请人安置土地用于异地回迁。

2008 年 4 月 2 日，被申请人与另一拆迁户迟某签订《房屋拆迁补偿安置协议书》，安置标准根据当地法定评估机构出具的房屋评估报告确定。2008 年 7 月 8 日，申请人以申请人对其他被拆迁户迟某的拆迁补偿标准高出给予申请人的补偿标准为由，认为被申请人按 2007 年 1 月 16 日的承诺应增加给付拆迁补偿费用 735448.65 元。被申请人不同意，遂起纠纷，众多拆迁户关注此案，当地政府相关人员也叮嘱公司要妥善处理。

争议焦点

1. 承诺的“同等条件下”如何理解；

2. 出具承诺后双方于 2007 年 8 月 5 日签订的《协议书》是否有效；

3. 签订了《协议书》后是否意味着申请人已经处分了要求增加给付拆迁补偿费的权利。

代理思路

律师系某某置业公司的常年法律顾问，该公司作为浙商到内地投资既有有利之处，也有不利之处。有利的是，只要浙商的要求或理由是合法合理的，当地政府及司法系统一般会秉公处理；不利的是涉及当地群众利益或影响当地社会和谐稳定的问题，政府及司法系统往往会牺牲公司利益。因此既要维护顾问单位的合法权益，也要处理好拆迁过程中避免引起群体性事件成为本案办理的指导原则。本案要是败诉，有可能引发多米诺骨牌效应，公司将招致重大损失。针对本案特点，决定开展两方面的工作，由律师负责把法律上的相关争议说得尽可能明白、透彻，由公司负责协调政府关系，承诺不激化矛盾，尽可能让政府及仲裁委秉公处理、不要牺牲公司合法利益。经过两次开庭，针对争议焦点，形成了如下代理观点：

一、本案不存在被申请人在同等条件下对其他被拆迁人提高赔偿标准 5%～10%的情况

根据《补充协议》第 2 条约定“甲方（指被申请人）承诺，在后面拆迁过程中，如有同等条件下的赔偿标准高出乙方拆迁标准 5%～10%的情况下，乙方（指申请人）也给予相应增加”，本案不存在被申请人提高赔偿标准的情

况，赔偿金额等于相应的赔偿标准乘以对应的拆迁房屋面积，赔偿标准与赔偿金额两者并非同一概念。

(一)申请人与迟某被拆迁房屋的性质不同，并非属于《补充协议》约定的"同等条件"

《补充协议》约定的"同等条件"应理解为被拆迁房屋的性质、新旧程度、结构等条件均相同。具体为：①均是住宅房屋或均是非住宅房屋；②具体拆迁安置时间为同一时期；②砖混结构与砖混结构对比，砖木结构与砖木结构对比；④所附的其他优惠条件相同；⑤选择的补偿方式相同，均为货币化补偿或均为产权调换补偿；⑥建造年代相近等。

申请人拆迁补偿安置时间为2006年4月，迟某评估时间为2007年11月，实际安置时间为2008年4月，两者相隔整整两年。在这期间，我国房地产市场价格大幅上涨，从而导致拆迁的在不同时期房屋的市场价值或评估价格是会有所不同的，两者具体拆迁安置时间为不同时期，正如1998年的房屋货币安置价格放到十年后的2008年肯定是不同的，1998年的货币补偿1万元与2008年的货币补偿1万元其所代表的实际价值是不同的，两者没有可比性，此其一；迟某被拆迁的房屋系住宅，申请人被拆迁的房屋属工业用房，两者土地使用、房屋性质不同，相应的补偿标准也不同，此其二；被申请人给予申请人货币化补偿的同时还协调安置土地用于异地回迁，而迟某并没有相应的补偿条件，此为其三。因此，迟某的情况与本案申请人的情况不属于《补充协议》约定的"同等条件"，两者不具有可比性。

(二)是否存在同等条件下赔偿标准提高的情况，应以其他被拆迁人的赔偿标准与申请人的赔偿标准进行比较，不存在被申请人对其他被拆迁人赔偿标准比申请人提高的情况

《补充协议》有关"赔偿标准高出乙方拆迁标准"的约定表明，判断赔偿标准是否提高的参照物应为乙方的拆迁标准，而非其他被拆迁人自身的赔偿金额。具体到本案，暂且不论申请人与迟某是否具有可比性，申请人不是以迟某的赔偿标准与申请人的赔偿标准进行比较，而是以迟某实际拆迁补偿金额与所谓的"拆迁补偿金额"进行比较的形式，也不属于双方有关《补充协议》的约定情形。更何况，申请人与迟某被拆迁的房屋分别属不同性质的房屋，两者的赔偿标准本身不具有可比性。

因此，申请人据此主张被申请人存在对其他被拆迁人提高赔偿标准的观点，缺乏相应的证据支持，不存在被申请人对其他被拆迁人赔偿标准比申请人高的情况。

（三）分析迟某及申请人的拆迁赔偿标准，不存在被申请人提高赔偿标准超过10%的情况

对比各项赔偿标准：申请人与迟某的赔偿标准均符合当涂或博望当地相关政策规定的拆迁标准。

按博望的拆迁标准，住宅房砖木结构房屋标准为800元/㎡—900元/㎡，申请人与迟某均为砖木住宅价格800元/㎡；

按博望的拆迁标准，住宅房砖混结构房屋标准为900元/㎡—1000元/㎡，虽然迟某砖混住宅补偿价格为1100元/㎡，但并没有高出博望拆迁标准的10%；

对迟某的补偿标准不是被申请人的主观表示，而是法定价格评估机构依照当涂、博望等相关政策规定并结合2007年11月这一段时期的房地产市场价格上涨的客观因素及被拆迁房屋的新旧程度等因素依法确定的，并非被申请人擅自确定的。

二、双方签订的《房屋拆迁补偿安置协议书》、《补充协议》及《协议书》真实、合法、有效，可以作为认定案件事实的依据

虽然申请人对被申请人提交的《协议书》持有异议，认为该协议书内容并不完整，并非其真实意思表示，但无相应的证据加以证明且经庭审确认该协议书申请人的签名系真实的。同时，该协议书并不存在违反法律、行政法规强制性规定的情形，故被申请人提交的《协议书》合法有效，可以作为认定案件事实的依据。

三、退一步讲，即使存在被申请人在同等条件下对其他被拆迁人提高赔偿标准5%～10%的情况，申请人也无权要求被申请人增加给付拆迁补偿费

根据《协议书》第2条“甲方（指申请人）对其安置补偿无异议”的约定，表明申请人对被申请人给予的被拆迁房屋的补偿方案没有异议，双方不存在纠纷，该条款是申请人对拆迁补偿这一事实的确认。

同时，《协议书》第2条约定的“甲方（指申请人）往后不再提任何经济补偿问题”，表明申请人承诺放弃向被申请人主张经济补偿的权利，该承诺既是对已有权利作出的处分，也是对将来应有权利作出的处分，更是对被申请人原承诺同意变更的一种回应方式。根据合法民事权利自由处分原则，申请人的该处分系其真实意思表示，不存在强迫或乘人之危等情形，且不违反

法律、行政法规的强制性规定，合法有效。

因此，退一步讲，即使存在被申请人在同等条件下对其他被拆迁人提高赔偿标准5%～10%的情况，也因申请人对其本应享有的要求增加给付拆迁补偿款的权利已作出了合法有效的处分，不再享有继续享有该民事权利，故申请人也无权要求被申请人增加给付相应的拆迁补偿费。

审理判决

马鞍山市仲裁委员会经多次合议，采纳了代理人的观点，2009年3月13日马鞍山市仲裁委员会作出〔2008〕马仲案裁字第134号《裁决书》。

马鞍山市仲裁委员会认为：

1.申请人孙某与被申请人某某置业公司签订的《房屋拆迁补偿安置协议书》、《补充协议》、《协议书》等三份合同真实、合法、有效，双方均应自觉履行合同约定。

2.申请人与被申请人签订的《补充协议》约定，在该协议签订后的拆迁过程中，如有同等条件下的赔偿标准高出申请人的标准，也给予申请人相应增加。根据仲裁庭查明的事实，申请人孙某属工业用房，与迟某的住宅房使用性质不同。根据《补偿细则》的规定，工业用房与住宅用房的拆迁补偿标准不同。申请人没有举证其与类比户迟某的房屋在年代等属性上具有一致性等事实。这一事实在申请人提交的《补偿细则》及被申请人提交的证据中都有充分证明。且申请人没有提供可类比的与申请人房屋情况相近的房屋，应承担举证不能的责任。

3.双方争议较大的关于2007年8月5日双方签订的《协议书》的认定，该协议具备合同成立的条件，该合同合法有效。该合同第1条约定申请人全力支持被申请人的建设项目，终止拆迁补偿等事宜的诉讼及信访活动，是当事人的真实意思表示，合法有效。

据此，仲裁庭裁决驳回申请人孙某的所有仲裁请求。

经典评析

一、拆迁中常见的"同等条件"

现代社会的房屋拆迁，尤其是2000年以后的拆迁事务中，由于社会的进步和人们权利意识的增强，野蛮拆迁现象正逐渐成为历史。随着拆迁工作越来越难做，拆迁人（或拆迁单位）经常会采取"分步走"的工作方式，即让容易的拆迁户先拆、对补偿金额没有意见的拆迁户先拆，先解决一户是一

户，把难以做工作或所谓的钉子户放在后面拆。这样的工作方式往往会造成先拆的吃亏，后拆的占便宜，钉子户赚大钱的极不公平的拆迁现象。于是很多拆迁户学做钉子户以图占便宜。拆迁人为了顺利推进拆迁工作，于是想出了一个办法，就是告诉先拆的人，你先拆早拿钱早省心，拆迁人保证你先拆不吃亏，承诺同等条件下先拆的补偿标准如果低于后拆的将给予补差。拆迁人还经常把这样类似的承诺写进拆迁安置协议中，于是不少人就安心先拆，这样的解决方式其实对双方都有利，应是个不错的选择。

二、"同等条件"下的注意事项

正如本案处理，对双方的教训是深刻的，一句约定不明确的"同等条件"给双方带来极大的争议。我们认为，在拆迁工作中的类似的同等条件至少应明确或应注意以下事项：

1. 明确同等条件的拆迁范围；

2. 明确同等房屋的性质：住宅或是非住宅房屋（包括商铺、工业用房等）；

3. 明确同等拆迁安置的时间跨度范围或界限；

4. 明确同等的补偿方式，均为货币化补偿或均为产权置换补偿；

5. 明确是否享有其他同等的优惠条件等。

“有效”的无效承包合同

——郭某某诉浙江某建设集团有限公司工程内部承包合同纠纷案评述

李国刚　金炜亮*

案情简介

原告：郭某某

被告：浙江某建设集团有限公司

2005年11月25日，浙江某建设集团有限公司与陕西某建设工程集团有限公司上海分公司（以下简称西建上海分公司）分别签订了《工程施工内部承包合同》及《补充协议》各一份，约定西建上海分公司将“市政府回购房”工程承包给浙江某建设集团有限公司，工程面积为6万平方米，西建上海分公司按每平方米10元向浙江某建设集团有限公司收取工程质量保证金60万元，等等。两份合同均由郭某某代表浙江某建设集团有限公司签订。

2005年11月29日，郭某某与浙江某建设集团有限公司签订《项目施工管理经济责任内部承包合同》一份，约定浙江某建设集团有限公司将《工程施工内部承包合同》中约定的工程以内部承包合同形式，交由郭某某行使施工管理权、工程资金支配权和取得经济效益权，并由郭某某承担相应的施工管理责任、经济责任以及法律责任；根据审计部门审定的工程总造价，浙江某建设集团有限公司收取工程总造价的1.8%作为管理费用（不含税金），工程总造价若有变动的，以竣工决算为准；该工程发生的所有费用均由郭某某承担，郭某某享有取得承包项目剩余经济效益的权利；西建上海分公司收取的工程质量保证金（即人民币60万元）由郭某某自行交纳，与浙江某建设集团有限公司无关，等等。

---

* 李国刚，男，毕业于杭州商学院（现浙江工商大学），浙江大学民商法研究生，擅长建筑房地产法律领域和公司综合法律事务，浙江君安世纪律师事务所专职律师。

金炜亮，女，毕业于浙江工商大学，西南政法大学硕士，浙江君安世纪律师事务所律师助理。

后郭某某向浙江某建设集团有限公司交付了人民币40万元，并向浙江某建设集团有限公司借款20万元并出具借条一份，以上共计60万元。郭某某填报浙江某建设集团有限公司付款审批单、经内部审批后，浙江某建设集团有限公司将该60万元作为保证金支付给西建上海分公司。

2008年12月，郭某某以其与浙江某建设集团有限公司签订《项目施工管理经济责任内部承包合同》是非法转包关系应属无效为由，以无效合同处理的一般原则，要求浙江某建设集团有限公司立即返还人民币60万元，向浙江某建设集团有限公司所在地人民法院提起诉讼。

争议焦点

1. 原被告之间的关系性质如何认定？是转包合同关系、内部承包关系还是挂靠关系？

2. 谁是工程质保金的付款义务人？

3. 原告郭某某能否要求返还质保金？

郭某某认为：其与浙江某建设集团有限公司之间是工程转包关系，浙江某建设集团有限公司系案涉工程的承包人，其将西建上海分公司发包给其负责施工的工程全部转包给郭某某，违反法律法规禁止工程转包的强制性规定，《项目施工管理经济责任内部承包合同》应属无效。另外，基于《工程施工内部承包合同》及《补充协议》的约定，被告需向西建上海分公司支付60万元质保金，因此，被告是质保金付款义务人。郭某某系依浙江某建设集团有限公司的要求，才为浙江某建设集团有限公司垫支了60万元款项。据此，浙江某建设集团有限公司应返还郭某某垫付的质保金60万元。

浙江某建设集团有限公司认为：西建上海分公司与浙江某建设集团有限公司是一个外部关系，其与郭某某之间是内部承包合同关系，郭某某是内部承包人，是实际各项经济责任的承担者，浙江某建设集团有限公司是内部发包人。至于为什么都是郭某某与西建上海分公司联系而公司从未与西建上海分公司联系，是因为该工程是郭某某自己直接联系的，是郭某某带着工程来与公司签订内部承包合同的。郭某某与浙江某建设集团有限公司之间不是对外部承包合同的转包，没有违反法律规定。质保金内部付款义务人是郭某某，应驳回郭某某诉讼请求。

退一步讲，即使公司与郭某某之间的内部承包合同关系因实质上被认为是挂靠关系而被确认无效的话，由于郭某某是无效建筑施工合同的实际施工人，施工合同的实际履行人是郭某某而不是浙江某建设集团有限公司，

郭某某向西建上海分公司支付质保金是履行施工合同的行为，也应由实际施工人郭某某承担质保金的所有法律后果，包括未能追回质保金的法律后果均应由郭某某承担，从这个角度讲也应驳回郭某某诉讼请求。


审理判决

一审法院经审理认为：

根据郭某某与浙江某建设集团有限公司签订的《项目施工管理经济责任内部承包合同》的约定，浙江某建设集团有限公司只收取管理费，工程的管理、资金支配都由郭某某负责，利润由郭某某取得，责任由郭某某承担；根据庭审陈述也可以认定，郭某某并非浙江某建设集团有限公司的员工；因此，郭某某与浙江某建设集团有限公司之间并非企业内部的责任制承包。结合浙江某建设集团有限公司系由郭某某作为代表与西建上海分公司签订合同、该合同签订后数日郭某某即与浙江某建设集团有限公司签订《项目管理经济责任内部承包合同》的事实可以认定，郭某某系借用浙江某建设集团有限公司的名义承揽工程，浙江某建设集团有限公司允许郭某某以其公司的名义承揽工程以收取管理费，双方之间存在挂靠关系；郭某某与浙江某建设集团有限公司之间的挂靠关系违反《中华人民共和国建筑法》第 26 条第二款的强制性规定，应属无效。

郭某某以浙江某建设集团有限公司的名义与西建上海分公司签订《工程施工内部承包合同》，郭某某是实际的承包人，是实际履行该合同的人。郭某某向浙江某建设集团有限公司交付人民币 40 万元、向浙江某建设集团有限公司借款人民币 20 万元，并通过浙江某建设集团有限公司将该 60 万元作为保证金支付给西建上海分公司，这是郭某某履行工程施工内部承包合同的行为；郭某某主张其是在为浙江某建设集团有限公司垫支款项，与事实不符。郭某某与浙江某建设集团有限公司之间不存在郭某某所主张的垫付款项的事实，对原告郭某某要求被告浙江某建设集团有限公司返还人民币 60 万元的诉讼请求，本院不予支持。

据此，法院判决驳回原告郭某某的诉讼请求。

二审法院经审理认为：

郭某某以浙江某建设集团有限公司的名义与西建上海分公司签订工程施工内部承包合同，后郭某某与浙江某建设集团有限公司签订项目施工管理经济责任内部承包合同。浙江某建设集团有限公司按照合同的约定只收取管理费，工程的管理、资金支配都由郭某某负责，利润由郭某某取得，责任

由郭某某承担；且郭某某并非浙江某建设集团有限公司的员工，郭某某与浙江某建设集团有限公司之间并非企业内部的责任制承包。浙江某建设集团有限公司允许郭某某以其公司的名义承揽工程以收取管理费，郭某某以浙江某建设集团有限公司名义承揽工程违反《中华人民共和国建筑法》第 26 条第二款的强制性规定，应属无效。郭某某是实际的承包人及实际履行合同的人。郭某某向浙江某建设集团有限公司交付人民币 40 万元、向浙江某建设集团有限公司借款人民币 20 万元，郭某某是付款审批单的经办人，郭某某通过浙江某建设集团有限公司将该 60 万元作为保证金支付给西建上海分公司事实清楚。郭某某要求浙江某建设集团有限公司返还人民币 60 万元的请求不能成立，本院不予支持。

二审法院判决驳回上诉，维持原判。

经典评析

由于建筑工程质量与人民生命、财产安全休戚相关，因此国家对建筑施工企业实行严格的市场准人制度。我国《建筑法》第 26 条规定："承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程"、"禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程"。由此可见，建筑施工企业只有在取得资质证书后，才能进入建筑市场，并且只能在资质等级许可的范围内与发包方签订建设工程施工合同。但是由于我国建筑市场"僧多粥少"，承包人竞争相当激烈，于是借用资质的现象就"应运而生"了。这里的"借用资质"既包括没有资质的个人、单位向有资质的建筑施工企业借用资质，又包括低资质的建筑施工企业向高资质的建筑施工企业借用资质以求与建设项目要求相适应，这种行为在法律上被称为"挂靠"。

实际的建筑市场，挂靠是普遍存在的，只不过有的做得巧妙，从形式还是内容上完全按内部承包合同的面貌出现，使人很难判断究竟是否属于挂靠。有的比较粗，一看就知道是挂靠关系，法律上容易被认定为无效。

本案郭某某以浙江某建设集团有限公司的名义承揽工程，并且质保金由郭某某负责筹措并以浙江某建设集团有限公司名义缴纳，郭某某需向浙江某建设集团有限公司交纳一定数额的"管理费"，这是建筑行业中典型的挂靠行为。

最高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第4条对挂靠行为的法律后果已予以明确规定：因挂靠而订立的建设工程施工合同无效。根据《合同法》第58条规定，因无效合同取得的财产予以返还。因此，本案因郭某某的挂靠行为导致浙江某建设集团有限公司与西建上海分公司、浙江某建设集团有限公司与郭某某签订的两份合同均无效；郭某某通过浙江某建设集团有限公司向西建上海分公司支付的质保金60万元因合同无效而应向西建上海分公司主张返还，向本案被告浙江某建设集团有限公司主张返还不论内部承包合同有效与否都不应得到支持。也就是说，即使内部承包合同无效，由于内部承包人一般是实际施工人，也应当取得与内部承包合同有效同样的法律效果。作者以为，这样的处理或者考虑，不仅因为有最高院的司法解释无效按有效处理原则的因素，还有诚实信用原则的考虑因素，更有尊重现实建筑承包市场的实际因素。当然，无效合同不得损害社会和他人的合法利益，也不免除相关当事人应负的建设行业主管部门的行政责任。

此外，如何在合法范围内为当事人追求利益的最大化是律师的职责，即从案情出发，本着当事人利益最大化的原则，全方面考虑各种策略和结果，选择对当事人最优的方案。但有时，无效合同的确认对当事人也不失为一种利益优化。作者律师系被告的代理人，参与了本案诉讼全过程，经过律师的分析和处理，使表面上对被告不利的认定转化为实质上有利的结果，即合同虽然被确认无效，但对于被告来说，法院判决结果的意义在于确认了原告通过被告向发包人交付质保金的事实及确认了返还质保金义务的主体。代理结果充分维护了被告的合法权益，是建设工程承包合同中将“无效”作为“有效”处理的特殊的、比较典型的案例。

房屋受损后价值贬值损失应当得到赔偿

——一起业主野蛮装修导致相邻业主房屋价值贬值的案件评述

史建兵*

案情简介

原告：杭州市西湖区文三西路某公寓业主

被告：张某

被告：该楼盘物管公司

2001年5月，被告张某在对与原告同单元的202室住房进行装修时，将室内书房与客厅之间(4/D－G段)和房间之间(J/3－4段)的墙体全部拆除，客厅与卫生间的部分墙体(3/F－G段)拆除半砖，导致原告所在的302室房屋部分墙体严重开裂。原告发现后，即进行制止。2001年7月，物管公司委托杭州市房屋安全鉴定所对被告张某的拆墙行为是否影响房屋安全进行鉴定。该所出具鉴定结论后，原告等业主对鉴定结论提出异议，要求委托浙江省建筑工程质量监督检验站进行鉴定。被告物管公司与公寓业主委员会于2001年8月，共同委托浙江省建筑工程质量监督检验站对202室违章拆墙进行现场查勘。该所查勘后建议委托原设计单位或乙级以上资质单位对202室破坏的结构(4/D－G段)(3F/－G段)提供加固方案并制定有效的施工步骤，同时对J/3－4段墙体复原；对302室、102室作修缮处理。2001年8月被告绿城物管公司委托浙江工业大学特种建筑技术工程公司对201室进行第一次加固。因原告对加固方案和施工单位资质提出异议，被告张某于2002年5月委托杭州市房屋加固工程公司进行第二次加固，加固后原告仍有异议。被告物管公司于2002年11月委托有关单位进行第三次加固，第三次加固由原房屋设计单位绿城建筑设计有限公司设计，浙江省建工集团有限公司施工。第三次加固时，前两次加固的构件全部拆除。

* 史建兵，男，浙元律师事务所专职律师。

2003年1月，浙江省建筑工程质量监督检验站在202室局部加固后对加固范围墙体进行质量检测。该站出具检测报告结论为202室加固满足设计要求。2004年8月16日，被告张某向原告出具函件一份，对其在装修中拆除承重墙给原告造成的损失表示歉意并愿意与原告协商解决善后处理办法。后原、被告因赔偿问题不能达成一致，原告遂于2006年3月17日诉至杭州市西湖区人民法院，要求判决两被告赔偿原告房屋的损失。

争议焦点

原被告双方在庭审中争议的焦点是：1.原告的房屋是否存在贬值损失，房屋贬值损失属于直接损失还是间接损失；2.房屋贬值损失如何计算，有无法律依据。

审理判决

审理过程中，原告申请法院对其房屋损伤情况和原因及该房屋的修复费用、贬值损失、周转安置费用等进行鉴定。法院分别委托上海市建筑科学研究院房屋质量检测站、浙江省直地产资产评估有限责任公司、杭州永正房产土地评估有限公司对上述内容进行鉴定。上海市建筑科学研究院房屋质量检测站出具的房屋损伤检测与评估报告结论为302室拆墙部位的墙体裂缝系由202室敲墙所致；距离202室敲墙部位较远处的302室墙体裂缝与环境温度变化和材料收缩变形等也有一定关系；门框与墙体间的竖向和水平裂缝主要由材料收缩引起。目前202室已恢复墙体，302室裂缝不影响房屋的安全性，但对房屋的使用造成一定的影响，建议对裂缝和渗漏等进行全面维修。浙江省直地产资产评估有限责任公司的房屋质量缺陷修复评估结论为原告房屋质量缺陷修复（包括修复房屋质量缺陷所必需的拆除工程、修缮工程、恢复工程等活动支出的施工费用；不包括房屋质量缺陷所造成的直接经济损失如修复施工期间或修复后所造成的直接经济损失）评估值为32041元。杭州永正房产土地评估有限公司的房地产估价报告结论为原告房屋在估价时点的减损及受损补偿金额为108100元。其中受损补偿金额指房屋修复过程中产生的周转安置等费用。原告为上述鉴定及评估共支付评估鉴定费用28000元。

西湖法院认为：被告张某在装修时将房屋承重墙拆除，导致原告墙体产生裂缝，给房屋的安全性能及正常使用带来重大影响，对此，被告张某具有过错，因此给原告造成的损失应当承担赔偿责任。根据上海市建筑科学研究院房屋质量检测站出具的房屋损伤检测与评估报告结论，导致原告302

室墙体出现裂缝的原因是多方面的。本案中虽然无法区分被告张某敲墙引起的裂缝和环境温度变化及材料收缩引起裂缝所造成原告损失的相应具体数额，但显而易见被告张某的侵权行为是导致房屋裂缝、继而影响房屋安全和使用的主要原因，故被告张某应承担主要责任，责任比例结合鉴定报告并根据原告房屋裂缝情况及造成的损害后果情况酌情确定为80%。原告房屋受损后，必然要进行修复，修复期间另需要房屋进行安置，故其要求被告张某赔偿修复费用及修复期间的周转安置费用的请求本院予以支持，具体数额根据评估结论确定。虽然被告张某对202室房屋进行了加固处理恢复了房屋的安全性能，但原告所有的房屋由于曾经受损，在恢复安全性能后并不能确保房屋的使用寿命能达到原有年限，且即使修复了裂缝、渗漏，房屋曾经受损的瑕疵也不可能消除，因此必然对房屋的市场价值产生一定的影响，且专业评估机构已经确定了本案原告房屋减损的具体金额，亦证明了原告房屋存在减值损失，原告拥有的房屋的价值是由房屋本身的品质决定的，房屋价值的高低是固有的，不会因是否进行交易而发生变化，故该减值损失是原告必然发生的损失，被告张某对此应当承担赔偿责任。两被告辩称的原告房屋恢复原状后不存在减值损失，减值损失系间接损失的意见，与事实不符。法院审理后按照评估机关评估的80%支持了原告的诉讼请求。被告不服一审判决向杭州市中级人民法院提出上诉，杭州市中级人民法院审理后认为一审法院认定事实清楚，使用法律正确，判决驳回上诉，维持原判。

经典评析

作为目前首例原告在房屋受损后主张房屋贬值损失并得到法院支持的终审案件，该案的胜诉在审判实践中具有重要的意义，也为这类侵权案件的索赔开拓了思路，更全面地保护了被侵权人的利益。在此案终审之前，法院对房屋受损案件，通常在房屋通过修补以后，即认为已经恢复原状，不再考虑房屋价值贬值的因素。

本案在一、二审过程中原被告双方围绕房屋贬值是否客观存在，贬值损失属于直接损失还是间接损失，以及贬值损失计算的依据和方法展开了激烈的争论。在一、二审审理过程中，笔者提出了以下观点。

一、房屋的贬值损失是客观存在的

1.涉案房屋虽然经过了多次的维修加固，但房屋的品质、安全性、使用寿命必将受到影响，不仅房屋的使用价值受到损害，社会评价也会显著降

低，假设该房屋作为融资担保工具被评估机构评估作价时，估值偏低是不言而喻的，因此，这种损失是实实在在的，既可以通过专业评估机构评定，也可以通过二手房交易得到体现。

2. 房屋贬值损失是现有财产价值的减少，属于直接损失，不属可得利益减少的间接损失。

房屋贬值损失性质上应属于直接损失，直接损失是权利主体现有财产价值的减少；而间接损失是可得利益的减少，是指加害人侵害受害人所有的财物，致使受害人在一定范围内的未来财产利益的损失，包括权利主体可得利益的落空。本案原告房屋遭受破坏后，虽然经过维修，但很难恢复到原有水平，房屋的整体性能、安全性均受到影响，使用价值有所下降。这正如发生严重交通事故后的汽车，尽管汽车得到修复，但大修后的汽车和原来的汽车价值肯定不一样。法律规定的恢复原状只是一种理想状态，尤其对房屋这样的特殊商品，一旦严重受损，会对其建筑建构、主体产生整体扰动，外观的修补并不能百分之百地恢复其原来设计所要求的强度。因此，房屋的价值减值是现实存在的，属直接损失。

二、房屋贬值损害赔偿有相应的法律依据

笔者认为只要损害结果与侵权行为存在因果关系，所有的损失都应当得到赔偿，即便是间接损失，也应当在赔偿范围之内 。我国民事侵权赔偿正由“填坑式”的补偿原则向全面赔偿原则发展，而承认和保护贬值损失顺应了这一潮流，是财产损害赔偿制度进步的标志之一。不仅如此，原告的主张也有相关法律依据和渊源。现行的法律、法规、司法解释虽没有明确规定保护受损财产的贬值损失，但绝不是无章可循、无例可鉴的。《民法通则》第117 条第二、第三款规定，“损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿”；“受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人并应当赔偿损失”。在财产损害赔偿中，当采取恢复原状的方式并不能弥补受害人的全部损失时，侵害人还应当赔偿受害人的其他重大损失，在本案中就包括房屋的贬值损失和房屋修复过程中产生的周转安置费用。

房产地转让节税方案设计和比较

——企业之间买卖房地产案评述

陈　淦*

非诉讼项目简介

某市甲公司系一人有限责任公司(非房地产开发企业)近日准备将地处舟山的一处房地产销售给乙公司,销售额600万元(其中土地转让价为400万元、房产转让价为200万元),土地增值税准予扣除项目金额200万元。根据税法规定,企业之间买卖房地产,卖方须缴纳营业税及附加、土地增值税、印花税等税种,而买方须缴纳契税和印花税(不考虑所得税)。不考虑评估审计等费用。受托后,本律师对相关资料进行了汇总,查阅了相关的法律法规,并对现行的税收制度进行了合理的研究和比较。

法律意见

首先,本律师按照正常的流程对该项目进行了分析,如果按正常的转让流程,则依据涉及的行为主要须缴纳:营业税、教育附加费、城市维护建设税、契税、印花税、土地增值税等。

1. 营业税

《中华人民共和国营业税暂行条例》和《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》规定,在中华人民共和国境内提供本条例规定的劳务、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人,为营业税的纳税人,应当依法缴纳营业税。而第4条规定,纳税人提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产,按照营业额和规定的税率计算应纳税额。应纳税额计算公式:应纳税额=营业额×税率。经查阅现行的销售不动产的营业额税率为5%。

* 陈淦,男,毕业于浙江大学,专业从事公司法律顾问服务、知识产权、建筑房产,浙江六和律师事务所专职律师。

2. 教育附加费

依据《征收教育费附加的暂行规定》第2条规定，凡缴纳产品税、增值税、营业税的单位和个人，除按照《国务院关于筹措农村学校办学经费的通知》(国发〔1984〕174号文)的规定，缴纳农村教育事业费附加的单位外，都应当依照本规定缴纳教育费附加。同时第3条规定，教育费附加，以各单位和个人实际缴纳的增值税、营业税、消费税的税额为计征依据，教育费附加率为3%，分别与增值税、营业税、消费税同时缴纳。

3. 城市维护建设税

《中华人民共和国城市维护建设税暂行条例》第2条规定，凡缴纳产品税、增值税、营业税的单位和个人，都是城市维护建设税的纳税义务人(以下简称纳税人)，都应当缴纳城市维护建设税。第3条规定，城市维护建设税，以纳税人实际缴纳的产品税、增值税、营业税税额为计税依据，分别与产品税、增值税、营业税同时缴纳。城市维护建设税税率：纳税人所在地在市区的，税率为7%；纳税人所在地在县城、镇的，税率为5%；纳税人所在地不在市区、县城或镇的，税率为1%。

4. 契税

《中华人民共和国契税暂行条例》规定，在中华人民共和国境内转移土地、房屋权属，承受的单位和个人都应当缴纳契税，契税税率为3%－5%。契税的计税依据：(一)国有土地使用权出让、土地使用权出售、房屋买卖，为成交价格；(二)土地使用权赠与、房屋赠与，由征收机关参照土地使用权出售、房屋买卖的市场价格核定；(三)土地使用权交换、房屋交换，为所交换的土地使用权、房屋的价格的差额。成交价格明显低于市场价格并且无正当理由的，或者所交换土地使用权、房屋的价格的差额明显不合理并且无正当理由的，由征收机关参照市场价格核定。

5. 印花税

《中华人民共和国印花税暂行条例》规定，在中华人民共和国境内书立、领受本条例所列举凭证的单位和个人，都应当是印花税的纳税义务人(以下简称纳税人)，产权转移书据明确规定为印花税征收范围，税率明确为万分之五。

6. 土地增值税《中华人民共和国土地增值税暂行条例》规定，转让国有土地使用权、地上的建筑物及其附着物(以下简称转让房地产)并取得收入的单位和个人都应当缴纳土地增值税。计算土地增值额时可以扣除的项目：(一)取得土地使用权所支付的金额；(二)开发土地的成本、费用；(三)新

建房及配套设施的成本、费用，或者旧房及建筑物的评估价格；（四）与转让房地产有关的税金；（五）财政部规定的其他扣除项目。同时，土地增值税实行四级超率累进税率：增值额未超过扣除项目金额百分之五十的部分，税率为百分之三十；增值额超过扣除项目金额百分之五十、未超过扣除项目金额百分之一百的部分，税率为百分之四十；增值额超过扣除项目金额百分之一百、未超过扣除项目金额百分之二百的部分，税率为百分之五十；增值额超过扣除项目金额百分之二百的部分，税率为百分之六十。

通过对上述税收条例的分析，如果按正常的销售流程，则该项目在转让过程中，税收的测算和评估情况如下：

1. 甲公司应纳税费

（1）应纳营业税及附加：600×5.5％＝33（万元）；

其中5％为营业税，0.5％为教育附加费和城市维护建设税

（2）应纳印花税：600×0.05％＝0.3（万元）；

（3）应纳土地增值税：100×30％＋100×40％＋200×50％＝170（万元）。

甲公司应纳税费合计：33＋0.3＋170＝203.3（万元）。

2. 乙公司应纳税额

（1）应纳契税：600×3％＝18（万元）；

（2）应纳印花税：600×0.05％＝0.3（万元）；

乙公司应纳税额合计18＋0.3＝18.3（万元）。

3. 双方合计纳税

203.3＋18.3＝221.6（万元）。

其次，本律师考虑到税收制度相关的政策较多，财政部、国家税务总局经常会对相关的实施问题出台具体的操作和要求。涉及设计转让方案的依据有：

2003年1月1日起实施的《财税〔2002〕191号财政部、国家税务总局关于股权转让有关营业税问题的通知》规定“以不动产投资入股，参与接受投资方利润分配，共同承担投资风险的行为，不征营业税。”“对股权转让不征收营业税。”

《财税字〔1995〕48号关于土地增值税一些具体问题规定的通知》规定，“对于以房地产进行投资、联营的，投资、联营的一方以土地（房地产）作价入股进行投资或作为联营条件，将房地产转让到所投资、联营的企业中时，暂免征收土地增值税。对投资、联营企业将上述房地产再转让的，应征收土地增值税。”

《财政部 国家税务总局关于企业改制重组若干契税政策的通知》(财税〔2008〕175 号):规定"企业改制重组过程中同一投资主体内部所属企业之间土地、房屋权属的无偿划转,包括母公司与其全资子公司之间,同一公司所属全资子公司之间,同一自然人与其设立的个人独资企业、一人有限公司之间土地、房屋权属的无偿划转,不征收契税。"《国家税务总局关于全资子公司承受母公司资产有关契税政策的通知》国税函〔2008〕514 号,"公司制企业在重组过程中,以名下土地、房屋权属对其全资子公司进行增资,属同一投资主体内部资产划转,对全资子公司承受母公司土地、房屋权属的行为,不征收契税。"

《财政部税务总局财税〔2001〕161 号关于企业改革中有关契税政策的通知》规定:"在股权转让中,单位、个人承受企业股权,企业的土地、房屋权属不发生转移,不征契税;在增资扩股中,对以土地、房屋权属作价入股或作为出资投入企业的,征收契税。"

2006 年 1 月 1 日起执行的新《公司法》规定:一人有限责任公司,是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的,从其规定。全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的 30%。

综合上述规定,本律师向委托人提供以下两个方案:

方案一

甲公司与乙公司合资设立有限责任公司丙,甲公司以该处房地产作价 600 万元和乙公司现金 260 万元作为出资(货币出资金额超过注册资本的 30%,其中 18.3 万元作为丙公司交税用),然后甲公司将所持丙公司 69.77%的股权以 600 万元的价格转让给乙公司。

在此情况下,根据有关税法规定,甲公司以房地产作为出资无需缴纳营业税、城建税、教育费附加和土地增值税,但须缴纳印花税。另外,转让所持丙公司股权须缴纳印花税。

1. 甲公司应缴纳各种税费计算如下:

(1)房地产出资应纳印花税 600×0.05%=0.3(万元);

(2)股权转让应纳印花税 600×0.05%=0.3(万元);

甲公司应纳税款合计 0.6 万元。

2.丙公司接受甲公司投资须缴纳契税和印花税，计算如下：

(1)应纳契税 600×3%＝18(万元)；

(2)应纳印花税 600×0.05%＝0.3(万元)；

丙公司应纳税款合计 18.3 万元。

3.乙公司受让股权应纳印花税：600×0.05%＝0.3(万元)。

采用此方案，甲、乙、丙三公司共需担税负仅为 19.2 万元，节省税负 202.4 万元，其中甲公司获益 203.3－0.6—18.3＝184.4 万元；乙公司获益 18.3－0.3＝18 万元。

方案二

甲公司将房地产作价 600 万元投入乙公司，乙公司在现有注册资本(假设为 100 万元)基础上增资扩股，然后甲公司将持有乙公司的股权以 581.70 万元(600 万元－18.3 万元)转让给乙公司现有股东。(使乙公司为丁公司的全资子公司，甲公司将房地产作价 600 万元投入乙公司，然后将持有乙公司的股权以 581.7(600－18.3)万元转让给丁公司)

同方案一，甲公司以房地产作为出资无需缴纳营业税、城建税、教育费附加和土地增值税，但须缴纳印花税；转让所持乙公司股权须缴纳印花税。

1.甲公司应缴纳各种税费计算如下：

(1)以房地产出资应纳印花税 600×0.05%＝0.3(万元)；

(2)股权转让应纳印花税 600×0.05%＝0.3(万元)；

甲公司应纳税款合计 0.6(万元)。

2.乙公司接受投资须缴纳契税和印花税，计算如下：

应纳契税 600×3%＝18(万元)；

应纳印花税 600×0.05%＝0.3(万元)；

乙公司应纳税款合计 18＋0.3＝18.3(万元)。

3.乙公司股东受让股权应纳印花税 600×0.05%＝0.3(万元)。

采用该方案，甲公司获益 203.3－0.6－18.3＝184.40 万元；乙公司及股东获益 18.3－0.3＝18 万元(因为甲公司减让了 18.3 万元的股权)。

最后，本律师给委托人的结论为：两个方案相对比，获益相当。但方案二乙公司可以减少 100 万元的现金投入，不会影响公司的正常资金周转且比新设公司时间短，这一点而言方案二优于方案一。但是在某种特定条件下，方案一也无疑是一个很好的节税方案。

本律师认为如果将房地产作为投资，然后再转让股权，这样将房地产销售行为转换为股权转让，则无需缴纳营业税及附加和土地增值税，税负大大

减轻。方案一和方案二，正是基于上述税收政策规定和有关新《公司法》规定，进行相应税收筹划，从而达到节税的目的。当然，设立公司是有成本的，对于小宗房地产交易，设立公司是不合算的；只有房地产的大宗交易，设立公司才是可行的。同时，一些特定的公司是不允许成为其他公司的股东的，如银行类的金融机构等，因此也应当区别对待。

经典评析

律师在承办相关的股权转让、改制、起草合同，往往由于专业所限，不会考虑到所涉的交易成本问题，但从目前法律服务市场来看，越来越多的客户对律师提供服务的要求越来越高，要求律师提供全面综合的法律服务，也就是所谓的“复合性”法律服务。而律师为了争取更好的客户，势必要让客户能从提供的实际服务中得到现实的经济效益，才能更好提高收费。因此在诸多非诉讼案件和服务的处理过程中，客户不可能聘请各专业的中介机构，如不可能同时聘请律师、税务师、会计师等，因此中国的律师有可能在这个过程中需要同时具备三“师”知识。所以，在一些时刻学习一些财会、税务知识也是相当必需和急迫的。

房屋置换协议得不到履行，巨额差价损失该由谁承担

——叶老太诉汪某某房屋买卖合同纠纷案评析

孔建祥*

案情简介

本案原告叶老太原在杭州武林路附近的几间私房于1992年6月因旧城改造被拆迁，于1995年底在原址附近安置了三套房子，为补缴房屋差价和进行装修等，就委托儿子叶某某处理掉其中一套。经中介，于1995年11月与本案被告汪某某（当时为其母亲代理人）签订了一份房屋买卖协议，被告在支付了24万元购房款后接收了该房屋并进行了装修，于1996年1月入住。被告直到2002年1月8日因后续纠纷正式搬离该房屋。

因按照当时房产税收政策，私房产权过户需要很大一笔税费，估算总计接近房屋总价的16%，故双方约定由原告儿子出资代被告另行购买一处房屋，用这两套房子产权对调的形式以节省相应的买卖过户税费。因当时的政策允许两套房屋可以冲抵相同面积部分，只需补缴差额部分的税费，故双方于1996年8月同时签订了一份《代购商品房协议》和《私房产权调换协议》。因以被告名义购买，为防止被告直接接收、处理该房屋，故在《代购商品房协议》中约定如果被告需使用该房产时应付清乙方（原告儿子）垫付的全部购房款项，并支付20%的年利息，原告儿子为此出资近17万元以被告名义购买了市区边上尚待开发滨江四区的另一处房屋，但事后被告在得到该房产后并没有交付原告儿子使用而是不久于2001年12月直接改名违约转让给了他人，因此该《私房产权调换协议》没有实际履行，被告事后也没有

* 孔建祥，男，中国农业大学信息与电气工程学院本科毕业，浙江大学、中国政法大学民商法学研究生，主要从事知识产权、建筑房地产、公司、劳动争议和交通事故等民商事诉讼和非诉讼项目业务，浙江六和律师事务所专职律师。

归还原告儿子垫付的该购房款。而《私房产权调换协议》约定双方都不得违约，否则应由违约方承担由此造成的守约方的全部经济损失。而日后该两套房子因不同时期价格不同，在当时还是刚开发建设的市区边上的房产价格较低，如今升值巨大，市区房价虽也有升值，但升值幅度不一，差价越来越大，如今更有巨额差价。原告据此起诉要求被告赔偿其因换房不成而造成的全部经济损失。

争议焦点

本案争议焦点在于是谁首先违约使得《私房产权调换协议》没有得到实际履行？两套房屋现在的巨额差价损失该由谁来承担，同时该以何时的差价作为标准认定？

审理判决

原告于2007年12月起诉至一审法院，请求判决由被告赔偿原告全部经济损失计人民币61.6万元整（含六年的房租损失，按照起诉时两套房屋的市场平均价格计算差价）并承担本案全部诉讼费用。因原告在此期间多次发函至被告家和单位向其主张权利，因此，关于诉讼时效问题不大，有证据证明其在两个诉讼时效周期内都在主张，被告抗辩无力，不作为重点问题。争议的焦点就在前述的两个方面。

而被告抗辩除了诉讼时效外，还主张是因原告首先违约未能提供武林路房屋三证，不能办理过户手续而本该放弃房屋的买卖，要求退钱不成而有了日后的原告儿子出资购买另一处房子来调换，原告儿子所出资的购房款就是原告应退的房价款，因当时还是后买的一套房子便宜，被告曾要求退还多出的差价8万元，所以抗辩要求驳回原告的诉讼请求。后因被告已经自行处理了另一处滨江四区的房屋，所以才搬离了前面买卖的武林路房屋，尔后原告也在2003年12月处理出售了该武林路房屋。

一审法院审理认为《私房产权调换协议》合法有效，判决认定因是被告先处理其名下的房屋而违约，使得该协议实际没有得到履行，但未予支持赔偿其损失。理由是原告认为自己存在实际经济损失的意见理由欠充分，参照合同法关于违约损失不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成损失的规定，原告认为应以两房目前的市场差价计算损失，缺乏事实依据，故不予支持。原告不服，提起上诉至中院，请求依法撤销本案一审判决，依法判决支持原告的一审诉讼请求；同时依法判决由被原告承担本案一、二审全部诉讼费用。经二审法院多次开庭审理调解，同

时经原告申请，对于两套房屋不同时期的价值进行了评估鉴定，按照2001年12月、2003年12月、2007年12月三个时间点分别认定差价为14.89万元、23.75万元、51.06万元，最后二审法院以第一个时间点即被告违约改名过户给他人时的两套房屋差价作为本案原告的实际损失而要求被告赔偿。故二审法院判决支持了原告的部分请求，按照被告违约转让房产时的两套房屋差价赔偿原告近15万元。

经典评析

因为随着时代的变迁和发展，杭州房产市场发生了巨大变化，房价越来越高，尤其是前几年更是涨幅巨大，对于当时尚未被看重和尚在发展中的周边房产，与处于市中心的房产价格相差很多，但随着时间的变迁，这些周边房产因城市扩大和巨大建设投人，其升幅比市中心的更大，两房屋因面积、地段的不同总的差价当时还不明显，甚至更低，但同样价值的房子，周边的房子面积就大，升值后就显示出来较大的差价，如今更是单价越来越接近。因此，总体来讲，原告因房屋得不到置换，已经有巨额损失，而根据该置换协议约定被告应赔偿原告方的全部经济损失。该损失就包括两套房屋现在的市场差价和被告居住六年的房租损失。原告为不过时效，曾在两个诉讼时效内多次发函催被告履行协议及要求承担违约责任，但被告均置之不理。纠纷一直拖到2007年年底，在又将过去一个诉讼时效前，原告只能下决心起诉，故成本案由来。

具体代理、上诉理由为：

1.因当时开始分别是原告儿子叶某某和被告分别作为各自母亲代理人的身份签订的协议，协议上也注明是全权代理人的身份。而事后被告母亲并未出面，均是被告自己接收了房产和钥匙。关于身份和所有权问题也是本案的争议焦点之一，开始两个儿子以代理人身份签的买卖协议，后被告事实转为其自己承担权利义务了，故直接起诉被告本人。原告当时虽然由其儿子出面签订了买卖协议和调换协议，但有相应的授权委托手续，因此，事实还是比较清楚的。

2.本案《私房产权调换协议》中明确约定双方都不得违约，否则应由违约方承担由此造成的守约方的全部经济损失。被告在得到一套滨江四区的房屋后不久就于2001年12月先期违约直接改名转让给了他人(因是以其名义购买的，故其真的是直接去接收和处理了，代购商品房协议中的担忧真的出现，但之前原告儿子以被告已经处理了房屋不给其使用就得退还购房

款和支付利息的诉讼请求却得不到一、二审法院支持,现又有了后续的本案原告之诉)。按照现在的房产政策应该是办理出三证才能转让过户,可见当时的监管不严,管理宽松。同时被告抗辩因是原告未能提供三证(其实已经办理了房产证和契证,就是因为尚需缴纳一部分土地费用而没有直接去办理土地证,但根本不存在法律和政策的障碍,因是安置的回迁房,所以不存在过户问题,就是因为税费太高而一时没有去办理过户手续,才有了后续的签订代购房屋和调换产权的解决方法,故在被告刚拿到房屋都可以私下改名过户的情况下,原告的房屋转让过户根本不存在问题,因此,被告抗辩是原告先违约的理由不充分,也不可信,而原告的解释理由和事实确实如此)。因此《私房产权调换协议》是因被告违约在先而没有得到实际履行,根据约定被告应赔偿原告的全部经济损失,对此事实一审法院予以准确认定并得到了支持。

3.原告的实际损失是显而易见的,两套房子本身因不同地段、不同时期,其价值不一,但对于当时尚未启动的周边房价而言,其升值潜力是被看好的,而买房投资,保值升值对于老百姓来讲目前是最简单、直接和最大的投资渠道,原告原来的房子价值当时明显是因为地段和学区的原因而高于周边正在开发的房子价值,正是看中杭州房地产发展的升值潜力,原告儿子才找到当时价值尚未启动地段的房产,目的就是为了将来的保值升值,同时也为了避免交纳高额的交易税费,而对于被告来讲其也是看中了原告的房产当时的实际价值,各有所取,否则双方就无需签订该《私房产权调换协议》。因此,原告签订协议预期升值的合同目的很明确,对于违约造成的损失也是预见到和明确的,现实已经证明了这点,所以原告的实际损失是有事实基础的,也确实是客观存在的事实,因为对于房产本身来讲实际损失具体就是指两房屋的现实实际总价值之差。

4.除了因没有置换而产生房子本身价值的损失外,对于被告居住6年期间的相应房屋租金就是原告因未能出租房子的经济损失,也是其实际损失的一部分,该租金损失也是实际存在的经济损失,因而可以一并要求。而被告的房子因当时就直接改名转让了,原告家人一天没有居住,因此,对照该事实原告是很明显存在实际损失的。而此案诉讼请求并不是单独就房子出租的租赁合同纠纷,因而不适用关于租金的诉讼时效规定,而应适用因被告违约造成原告经济损失的房屋置换纠纷的一般诉讼时效,因而是在诉讼时效内的,而非被告主张的超过关于租金是一年的诉讼时效规定问题。

5.原告房屋本身的实际损失是按照目前两套房子的市场价格的平均值

来计算的(市场挂牌参考价、房产市场价格报道等),有相应的价格参考依据,而被告对此虽有异议但也没有提出要求评估的意见,也没有提出该两套房子有不同价格的具体计算依据,可见原告提交的证据应该足以认定。同时,对于一个85岁的三级残疾老太太来讲,只能依据市场的报价和实际成交价作为参考而无力申请进行需要花费高额费用的评估,加上巨额诉讼费用,因之前咨询说是要按照两套房屋的总价值来计算诉讼费用的,否则此案也不会拖延至今。如今原告也只能按照实际情况向法院申请免交或者缓缴诉讼费用,一审法院考虑其实际情况,准予缓缴。而评估实际也是参照市场价格的平均值来作为主要依据的,因此,此案完全可以按照目前市场实际价格来作为计算依据。而关于租金部分损失的计算依据是按照当时原告另一套相同位置的差不多面积的房子实际租赁合同的租金约定,同时也得到当时杭城报纸的公正报道的内容相印证的,因而是真实可信的事实。同时,因是被告违约并不予处理解决纠纷,案件拖延至今解决,是被告的原因,因此,随着时间的推移,差价越来越大,以起诉时的具体差价作为诉讼请求是有依据的,而不是被告辩称的不应以目前的差价来计算。

其实,本案一审法院本来也完全可以职权给予调查目前该两套房子的实际价格和当时的租金水平状况。但很遗憾的是,一审法院对于原告提交的市场价格参照依据和相应的租赁合同和房产报道视而不见,不予认定,对于明显实际存在的价格差值的事实不予考虑,明显没有给予认真认证和分析。一审法院对此案件事实如此轻易给予否认,也是没有充分体现司法为民的表现,也没有充分体现依法保护残疾老年人的合法权益,也与目前所倡导的创建和谐社会的要求格格不入,简单驳回而无助于依法解决民间经济纠纷,因而是欠妥和不当的,使得需要当事人上诉来争取公正解决纠纷。而案件终经二审法院公正、公平、合理的处理,虽然没有支持原告的全部请求,但是总算给了一个较为合理的判决结果。

工程价款决算依据及工期违约责任认定

——杭州某建设工程有限公司与杭州某生物公司建设工程施工合同纠纷案

柴善明　刘　珂*

案情简介

2003年9月20日杭州某建设工程有限公司(以下简称施工企业)对杭州某生物公司(以下简称发包单位)发包的厂房及门卫工程进行投标。投标后经过双方多次协商,直至2003年12月15日双方签订了该工程的《建设工程施工合同》,合同约定工程价款为738万元。为进一步明确双方的权利义务,双方又签订了《建筑工程施工合同(补充)》。合同约定:"1.本合同价款采用固定价格方式确定。采用固定价格合同,合同价款中包括的风险范围:国家和地方行业行政法规或有关政策变化;市场材料、设备、人工价格的调整;承包人因工程量漏计等各种原因报价偏低、施工技术措施变化及相应增加的工程费用因素、施工期内特别气候因素的干扰等。2.当发生施工图纸设计变更或经工程师确认、发包人签证认可的工程变更,可调整合同价款"。3.根据该补充合同附件5《编标答疑》第11条的规定"该工程的材料价格按照2003年第10期价格信息预算(其中钢材、水泥、商品砼价格按合同工期内前七期价格的平均值作决算调整)。合同签订后,施工企业依约施工,虽然在施工过程中多次变更设计,以设计变更联系单、工程联系单等形式增加、变更工程量,施工单位均按照要求完成工程施工。该工程竣工验收合格后,施工单位根据在规定的时间内向发包人提供了工程决算书,但发包人不予认可并迟迟未按合同规定支付工程款。在双方矛盾无法协商解决的

---

* 柴善明,男,华东政法学院,从事建筑房地产及金融法律事务专业,浙江六和律师事务所专职律师。

刘珂,男,浙江大学,从事建筑房地产及公司证券法律事务专业,浙江六和律师事务所专职律师。

情况下，施工单位向人民法院提起诉讼，发包人在收到诉讼材料后就工期问题向施工单位提出工期延误索赔的反诉。

争议焦点

一、工程造价的认定

1.《编标答疑》与合同相关条款不一致的情况下，如何理解适用？

2. 承包人因工程量漏计导致报价偏低如何处理？

二、工期延误索赔

工期延误责任由谁承担？

审理判决

一审法院经过多次开庭审理及调查取证，就工程造价问题认定如下：

1. 法院在审理过程中，经委托造价咨询机构对本案所涉工程造价进行司法鉴定。鉴定认为按施工单位所主张的编标答疑计补材差，其鉴定造价为 600 万元；如不进行调差，其鉴定造价为 540 万元。

2. 双方当事人最大的争议在于是否应当根据编标答疑计补材差。施工单位认为在投标后至合同签订的三个月期间，钢材、水泥、商品砼的价格均上涨了 50%，施工单位不可能在明显亏损的情况下签订施工合同，同时编标答疑的内容与实际的施工情况相符，所以应当以编标答疑作为价差调整的依据。同时施工单位认为，编标答疑所规定的“其中钢材、水泥、商品砼价格按合同工期内前七期价格的平均值作决算调整”内容与施工合同规定的固定单价的计价方式并不矛盾，实际上就是对于这三类材料的单价作出固定。据此，法院认为工程造价应以编标答疑为据计补材差，即工程的造价为 600 万元。

3. 关于施工单位是否应当承担延误工期的责任。法院认为，由施工单位施工的主体工程在 2004 年 8 月 5 日已通过了中间验收，而门窗工程、轻钢雨篷、外墙涂料、楼梯花岗岩、墙面瓷砖地面釉面砖等后期项目由发包人另行发包，且在后期施工中发包人也存在设计变更，故以目前证据无法判定工程逾期竣工是因施工单位原因而导致。发包人要求施工单位承担逾期竣工违约责任依据不够充分。

在一审法院的判决基础下，二审法院组织双方进行调解，双方最终调解结案。

经典评析

从施工单位的角度来说，造成本案诉讼被动的关键原因在于施工单位第一没有做好投标标书，第二没有签订好建设工程施工合同，第三在施工过程中管理不规范，对于相关工程事实没有及时签证或取证。

一、投标书问题

投标书的性质系要约，是合同的重要组成部分。建设工程的投标文件由两部分组成，即商务标和技术标。商务标是订立合同的实质性内容，技术标是施工过程中的技术方案和技术措施。根据建设工程施工合同的特殊性和《招标投标法》第46条的规定，招标文件是施工合同的组成部分，而投标标书更是合同的重要组成部分，所以一定要制作好投标书。

我国目前对于工程造价的计价标准有两种：第一种为工料单价法，也称定额计价法；第二种为综合单价法，也称工程量清单计价法。本案所涉工程造价采取的是工程量清单计价法。工程量清单报价又包括两种方式：(1)单价闭口，工程量按实调整。(2)工程量和单价均闭口。根据发包人的要求，本案采取的是工程量和单价均闭口的报价方式。发包人在发布招标文件时，施工图纸已经齐备，并提供了详细的工程量清单；施工单位按照发包人提供的工程量清单进行报价，工程量和单价均未闭口，不得予以调整，除非合同另有约定。

具体到本案来讲，施工单位在做投标书中有严重的漏项，但根据合同条款"本合同价款采用固定价格方式确定。采用固定价格合同，合同价款中包括的风险范围：国家和地方行业行政法规或有关政策变化；市场材料、设备、人工价格的调整；承包人因工程量漏计等各种原因报价偏低、施工技术措施变化及相应增加的工程费用因素、施工期内特别气候因素的干扰等"。的约定，鉴定机构最终认定因本案采取的是工程量闭口的报价方式(合同另有约定的除外)，漏项的工程款不应得到支持。至此，实际上施工单位在工程造价上即损失了数十万之多。

笔者认为，施工单位绝不能按原来传统的工程量清单和合理低价中标的报价的方式进行投标。在《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》出台后，施工单位更应当在报价时力求准确，对于仅有施工图作为报价依据的时候更应当谨慎，尽量做到计算精确，不要漏项。如果在工程报价过程中做得比较粗的情况下，在中标后签订合同前，

对于工程造价要重新审慎，避免出现更大的损失。

二、建设工程施工合同问题

本案所涉工程由发包人于2003年8月发出招标公告，施工单位于同年9月进行投标，然而双方于2003年12月才达成一致意见签订了合同。本案双方当事人最大的争议在于是否应当根据编标答疑计补材差。合同约定“本合同价款采用固定价格方式确定。采用固定价格合同，合同价款中包括的风险范围：国家和地方行业行政法规或有关政策变化；市场材料、设备、人工价格的调整；承包人因工程量漏计等各种原因报价偏低、施工技术措施变化及相应增加的工程费用因素、施工期内特别气候因素的干扰等。”与编标答疑所规定的“其中钢材、水泥、商品砼价格按合同工期内前七期价格的平均值作决算调整”内容是否矛盾，这三类材料的单价如何确定？

根据编标答疑的性质及作用来说，其主要是在施工单位根据招标文件编订投标书的时候，就具体的问题向发包人提出疑问，发包人进行回复的书面文件。其出具的时间应当在合同签订之前，也就是说本案如果按正常的程序，关于钢材、水泥、商品砼的价格做平均值的决算调整的条款应当在合同中体现出来。同时就合同与编标答疑的效力来讲，合同的效力显然要高于编标答疑。至此，笔者认为就该问题而言，施工单位的处境非常不利。笔者即多次与当事人进行沟通了解，据当事人陈述当时签订合同之前注意到该份编标答疑的相关内容，所以就认为该三类材料价格可以做平均价进行调整，所以在签订合同时就没有进一步具体明确。同时在具体施工过程中，施工单位也注意到该问题，即向发包人法定代表人提出要求进一步明确，该法定代表人也口头答应没问题的，就是按照编标答疑调整。但最后决算时，该法定代表人拒绝进行调整。

据此，笔者认为对于该问题的处理方式最关键就是要还原事实。第一，笔者随即调查了在发包人招标后至合同签订的五个月期间，钢材、水泥、商品砼的价格的情况。在短短的五个月中，32.5散装水泥的价格就从273元/吨上涨到410元/吨，上涨了50%之多；42.5散装水泥的价格也从323元/吨上涨到460元/吨，也上涨了50%。上述建筑材料价格上涨的趋势非常明显，施工单位不可能在价格已经上涨这么大(与投标书相比)的情况下，还是按照投标书的价格来作为决算价格，这显然与情理不符。第二，编标答疑文件作为合同的附件装订成册以及该编标答疑文件作为工程材料交至主管部门备案。同时工程实际施工的情况与编标答疑的情况完全符合。第

三，笔者认为编标答疑所规定的“其中钢材、水泥、商品砼价格按合同工期内前七期价格的平均值作决算调整”内容与施工合同规定的固定单价的计价方式并不矛盾，实际上就是对于这三类材料的单价作出固定。综上，笔者认为“钢材、水泥、商品砼”应当以工期前七期价格的平均值作为上述材料的固定单价，作决算调整。

虽然法院最终判定工程造价应以编标答疑为据计补材差，但给施工单位的教训也是深刻的。所以，笔者认为在做好投标书的同时，也要签订好建设工程施工合同。特别是在单价及工程量均闭口的情况下，应当设置一定的可调条件，在遇到可调条件成就时，予以相应调整。这于发包人和建筑商而言都是平等的，双方也易于接受。第一，从材料价格的涨跌幅度进行设定。也就是在材料价格涨跌达到一定幅度时，单价予以调整，按照惯例设定的比例一般在8%—10%。第二，工程量增加或减少达到一定的量时，工程量予以调整，按照惯例设定的比例一般在10%左右。第三，工期超过一定时间的，对于超过部分的材料价款，如有涨跌的，价款可以调整。

三、工期延误问题

工程的质量以及工期是施工单位的生存命脉，施工单位一定要严格按照相关法律法规及合同的规定保质保量地完成施工，同时对于工期要严格按照合同约定的期限进行施工。所以，对于工期相关问题的法律理解及适用就显得尤为重要。

建设工程的工期是发包人和施工单位在合同中约定的建设工程的履行期间，在这个期限内施工单位必须要完成建设工程。工期条款是建设工程施工合同中的一个主要条款，涉及发包人和施工单位的许多权利和义务，工期延长对合同双方都会造成损失，发包人会因不能使用工程而失去盈利的机会。承包人因工程延长要支付额外工人工资、机器停滞费用等。对于这些损失当然要由违约方来承担，因此能否按期竣工是确定工期责任的关键。在目前市场竞争激烈及资金紧张的情况下，发包人总是以各种理由拒绝或拖延支付工程款。所以施工单位必须严格按照合同规定的期限顺利竣工，否则发包人就有了借口拖延付款，这对施工单位就非常不利。

本案发包人就提起工期违约的索赔反诉。笔者根据工程的实际情况提出：第一，连续停电三天，该期限应当顺延。第二，施工过程中，因施工图设计修改，影响工期。如原先设计的耐磨水泥地坪改为水磨石地坪就增加了56天的工期。因为根据定额测算水磨石地面的工期是耐磨水泥地面的7

倍,发包人自理的水磨石地面进场时间为2004年7月30日至10月24日,施工时间为86天,而耐磨水泥地面的施工时间只需15天。同时因为施工时需要用水冲磨地面,导致内外墙粉刷无法进行,只能错开施工,从而影响工期56天。第三,根据发包人所承认的“门窗工程、轻钢雨篷、外墙涂料、楼梯花岗岩、墙面瓷砖地面釉面砖”等后期项目均由发包人自行发包,而工程的验收必须等外墙涂料、门窗工程、楼梯花岗岩、墙面瓷砖地面釉面砖完成后方能进行竣工验收,所以笔者认为工期拖延并非其所能掌握,对于拖延的工期实际上是发包人自理项目在拖延。

本案工期顺延的关键在于发包人自行发包项目导致工期延误,施工单位是否应当承担相应责任?在现今的项目中,发包人往往会把利润较丰厚的分项如桩基、铝合金门窗工程、花岗岩、墙面瓷砖地面釉面砖工程直接指定分包人分包专业工程。施工单位切忌在分包工程的合同中盖章,如果盖章,就表示同意发包人的直接指定分包人分包专业工程的行为。同时还要注意,在向发包人直接指定专业工程的分包单位收取费用的时候,在合同上应写明配合费而非管理费。其次,对于由于图纸会审时,图纸有明显瑕疵的,施工单位应当及时以书面形式提出异议,这样不仅在施工质量的责任承担上有依据,同时对于图纸的瑕疵整改时间可以顺延。同时在施工过程中由于设计变更等情况,要及时向发包人提出工期顺延的联系单。

综上,笔者认为《建设工程施工合同》的法律风险防范是非常复杂项目。如果没有法律风险防范意识,就有可能陷入步步被动的局面。施工单位要具有“事前预防”的法律意识,才能确保在激烈的市场竞争中不断发展壮大。

浅议商品房交付条件及面积差异争议的法律认定

——马某与杭州某房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案

费立峰　刘　珂*

案情简介

2002年6月24日，马某与杭州某房地产开发有限公司(以下简称房产公司)签订了编号为〔2002〕1974的《商品房买卖合同》(以下简称合同)一份。该合同约定，马某向房产公司购买某商厦一层10－3号，建筑面积为143.852平方米，总价为人民币2641416元的营业房一套。合同签订后，马某支付了首付款并办理了银行按揭手续。根据合同第8条交付期限的约定，房产应当在2002年8月31日前，依照国家和地方人民政府的有关规定，将验收合格并符合本合同约定的商品房交付马某使用。同时合同第9条也约定了"出卖人逾期交房的违约责任"以及第15条关于产权登记的"逾期办证"的约定。同时双方约定对于房屋面积以房屋测绘部门最终测绘的成果为准。2002年9月3日，房产公司通知马某办理交房手续，双方予以交接。而根据相关行政部门出具的材料得知所涉房产直至2004年7月9日才符合国家和地方政府规定的验收合格条件。马某认为，房产公司当初在交房时通过隐瞒的方式向其交付未经验收合格的房屋，违反了国家和地方相关法律法规的规定及合同条款的约定，应当承担商品房违法交付的违约责任。随即，马某向法院提起诉讼。房产公司在收到诉状后，向法院提起反诉，要求马某根据2005年6月房产测绘部门的实际测绘结果向其交付面

* 费立峰，男，法学本科，从事建筑房地产及公司证券法律事务专业，浙江六和律师事务所专职律师。

刘珂，男，浙江大学，从事建筑房地产及公司证券法律事务专业，浙江六和律师事务所专职律师。

积补差款。

争议焦点

1. 房产公司 2002 年 9 月 3 日的交房行为是否违法，是否应当向马某承担相应的违约责任？

2. 房产公司要求马某向其支付补差房款的主张是否合法合理？马某是否需要向房产公司支付补差房款？

审理判决

一审法院经过多次开庭审理及调查取证，就主要问题认定如下：

1. 马某与房产公司签订的《商品房买卖合同》合法、有效，双方应当按照合同约定全面履行各自的义务。根据合同约定，房产公司应当在 2002 年 8 月 31 日之前，将验收合格的涉案房产交付马某使用。

2. 合同约定房屋面积以房管部门实测面积为准，执行多增少补以及在交房结算联系单上明确载明房款按照房管测绘部门的测绘面积结算，表明面积差异应当以房管测绘部门的测绘为准，而双方对这个测绘的真实意思应当是售房时的面积计算依据基础上进行。但房产公司经房管测绘部门测绘涉案房产后即一次为据通知马某补交房差款，并未对售房时建筑面积 143.852 平方米(其中套内建筑面积 110.655 平方米，公共部位和公用房屋分摊建筑面积 33.197 平方米)和测绘时建筑面积 154.85 平方米(其中套内建筑面积 108.59 平方米，公共部位和公用房屋分摊建筑面积 46.26 平方米)的公用建筑面积分摊系数存在的显著差异进行说明，而且在本案诉讼中，房产公司也未能提供证据证明其在售房时的面积计算依据与其提交给房管测绘部门测绘的依据具有同一性。故房产公司以房管测绘部门测绘的数据为依据直接主张马某补交房差款属单方意思表示，缺乏合意，因此，依据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 14 条“出卖人交付使用的房屋建筑面积与商品房买卖合同约定面积不符，合同约定不明确的，面积误差比绝对值超出 3%，买受人同意继续履行合同，房屋实际面积大于合同约定面积的，面积误差比在 3%以内(含 3%)部分的房价款由买受人按照约定的价格补足，面积误差比超出 3%部分的房价款由出卖人承担，所有权归买受人”。的规定，并结合马某的答辩意见，对房产公司要求马某补缴面积误差比绝对值 3%以内部分即 79242.485 元的诉讼请求，本院予以支持，超出 3%部分不予支持。

3. 判决如下：第一，房产公司将办理权属登记所需的材料报至产权登记

机关备案。第二，房产公司支付马某逾期交付违约金792元，逾期办证违约金2641元。第三，马某向房产公司支付房款79242.485元，并支付相应违约金。

在一审法院的判决基础下，二审法院组织双方进行调解，最终调解结案。

经典评析

一、房产公司2002年9月3日的交房行为应当认定为违法交付行为

房产公司将未验收合格的商品房直接交付给消费者(即马某等多人)，违反了《中华人民共和国城市房地产管理法》、《城市房地产开发经营管理条例》、建设部《商品房销售管理办法》、建设部《房屋建设工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》等相关规定，相关行政执法部门应当根据我国的法律法规对房产公司的行为进行处罚。至于是否要支付逾期交房的违约金给马某的问题，笔者认为如果马某有证据证明其实际损失，也应当得到支持。理由如下：

首先要根据相关法律法规及合同的规定，对本案所涉商品房交付条件进行明确定义。

(1)合同第8条交付期限“出卖人应当在2002年8月31日前，依据国家和地方人民政府的有关规定，将具备下列第一种条件(该商品房经验收合格)，并符合本合同约定的商品房交付买受人使用”。及第11条交接“商品房达到交付使用条件后，出卖人应当书面通知买受人办理交付手续。双方进行验收交接时，出卖人应当出示本合同第8条规定的证明文件，并签署房屋交接单。”

(2)《中华人民共和国城市房地产管理法》第26条规定房地产项目竣工，经验收合格后，方可交付使用。

《城市房地产开发经营管理条例》第17条进一步明确：“房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。房地产开发项目竣工后，房地产开发企业应当向项目所在地的县级以上地方人民政府房地产开发主管部门提出竣工验收申请。房地产开发主管部门应当自收到竣工验收申请之日起30日内，对涉及公共安全的内容，组织工程质量监督、规划、消防、人防等有关部门或者单位进行验收。”

(3)《房屋建设工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》

第 5 条也规定了“建设单位办理工程竣工验收备案应当提交下列文件:(一)工程竣工验收备案表;(二)工程竣工验收报告。竣工验收报告应当包括工程报建日期,施工许可证号,施工图设计文件审查意见,勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件及验收人员签署的竣工验收原始文件,市政基础设施的有关质量检测和功能性试验资料以及备案机关认为需要提供的有关资料;(三)法律、行政法规规定应当由规划、公安消防、环保等部门出具的认可文件或者准许使用文件;(四)施工单位签署的工程质量保修书;(五)法规、规章规定必须提供的其他文件。”

上述(2)、(3)点均说明,商品房的验收合格需要工程质量监督(即单位工程的竣工验收)、规划、消防、人防进行验收合格后,才视为商品房的验收合格”。

(4)《商品房销售管理办法》第 34 条规定:“房地产开发企业应当在商品房交付使用前按项目委托具有房产测绘资格的单位实施测绘,测绘成果报房地产行政主管部门审核后用于权属登记。”

《杭州市城市房地产开发经营管理若干规定》第 21 条规定:“房地产开发企业在商品房交付使用前,应当由房产行政主管部门认可的,具有房产测绘资质的独立的测绘中介机构进行商品房的面积测绘;测绘成果表应当标明商品房的建筑面积、套内建筑面积、使用面积和分摊公用建筑面积。房地产开发企业应以测绘机构测定的面积作为商品房交付计价的面积,并向购房人提供商品房面积测绘成果表。房产行政主管部门应当根据测绘机构测定并经房地产开发企业和购房人共同认定的建筑面积核发商品房房屋所有权证。”

说明,商品房在交付使用前必须进行房屋面积测绘,并在交房时向买受人提供商品房面积测绘成果表。

(5)建设部《商品房销售管理办法》第 30 条:房地产开发企业应当按照合同约定,将符合交付使用条件的商品房按期交付给买受人。未能按期交付的,房地产开发企业应当承担违约责任。

(6)《商品房销售管理办法》第 40 条:房地产开发企业将未组织竣工验收、验收不合格或者对不合格按合格验收的商品房擅自交付使用的,按照《建设工程质量管理条例》的规定处罚。

通过对我国法律法规“关于商品房交付条件”规定及合同约定的解读,笔者认为,房产公司只有在本案所涉商品房不仅仅建设工程的单位工程竣工验收合格,还要规划、公安消防、环保等部门出具的认可文件或者准许使

用文件，本案所涉商品房达到交付使用条件后，通知马某进行交付，交付的同时，必须向马某提供商品房面积测绘成果表。房产公司认为商品房的交付仅需要建设工程的单位工程竣工验收合格（即工程质量监督这一单一部门认可）即可，无需规划、消防、环保的验收合格即可进行商品房的交付系错误的，2002 年 9 月 3 日交付行为系违法交付行为。

同时需要强调说明的是，2008 年 12 月 8 日浙江省建设厅及浙江省工商行政管理局联合制定的《浙江省商品房买卖合同示范文本》第 9 条“交付期限及条件：出卖人应当在______年______月______日前，将符合下列各项条件的商品房交付买受人使用：

1. 建设工程经竣工验收合格，并取得建设工程竣工验收备案证明；

2. 取得法律、行政法规规定应当由规划、公安消防、环保等部门出具的认可文件或准许使用文件；

3. 用水、用电、用气、道路、________________等，具备商品房正常使用的基本条件；

4. ____。”

上述条款根据现行法律法规并结合近年来由于综合验收取消后，对商品房要具备何种条件才视为验收合格进行了明确的约定。从而进一步保护了消费者的权益，同时也为房产公司的规范经营指明方向。

二、房产公司要求马某向其支付补差房款的主张是否合法、合理？马某是否需要向房产公司支付补差房款

1. 房产公司从未向马某提供过商品房面积测绘成果表，笔者认为，在未收到商品房面积测绘成果表之前，根据现行的《商品房销售管理办法》、《杭州市城市房地产开发经营管理若干规定》，马某完全无需理会房产公司的无理要求。理由如下：

（1）《商品房销售管理办法》第 34 条规定：“房地产开发企业应当在商品房交付使用前按项目委托具有房产测绘资格的单位实施测绘，测绘成果报房地产行政主管部门审核后用于权属登记。”

说明，商品房交付使用前，必须进行房产测绘，并向房地产行政主管部门上报房产测绘成果。

（2）《杭州市城市房地产开发经营管理若干规定》第 21 条规定：“房地产开发企业在商品房交付使用前，应当由房产行政主管部门认可的，具有房产测绘资质的独立的测绘中介机构进行商品房的面积测绘；测绘成果表应当

标明商品房的建筑面积、套内建筑面积、使用面积和分摊公用建筑面积。房地产开发企业应以测绘机构测定的面积作为商品房交付计价的面积，并向购房人提供商品房面积测绘成果表。房产行政主管部门应当根据测绘机构测定并经房地产开发企业和购房人共同认定的建筑面积核发商品房房屋所有权证。”

说明，商品房交付使用前，必须进行房产测绘，并向房地产行政主管部门上报房产测绘成果。同时在交房时，房产公司必须向马某提供商品房面积测绘成果表。

(3)根据《房产测绘管理办法》第 17 条规定，当事人对房产测绘成果有异议的，可以委托国家认定的房产测绘成果鉴定机构鉴定。

《杭州市人民政府办公厅转发市房管局关于杭州市房产测绘管理实施细则的通知》：“……十、房产测绘成果的检查验收，按照《房产测量规范》的规定实行二级检查一级验收制。第一级检查是指房产测绘过程中由作业组的专职或兼职检查人员进行的自查互查；第二级检查是指由房产测绘单位的质量检查机构和专职检查人员在一级检查的基础上进行的检查。房产测绘成果验收由房产测绘委托人进行，并签署验收书。房产测绘单位应当向委托人解释测绘的依据、方法和结果的产生过程。商品房面积测绘由房地产开发企业统一委托，房产测绘成果经其验收合格后，在房屋售楼处予以公告，接受购房人监督。房地产开发企业应当向购房人解释测绘的依据、方法和结果的产生过程，并由购房人签署认可书。十一、房产测绘委托人、商品房购买人或其他利害关系人对房产测绘成果有异议的，可以按照省建设厅、省测绘局《关于贯彻执行国家建设部、测绘局〈房产测绘管理办法〉的通知》(建房发〔2002〕220 号)的规定申请鉴定。”

说明，商品房交付使用前，必须进行房产测绘，同时在交房时，房产公司必须向马某提供商品房面积测绘成果表，并接受马某等购房人的监督。房产公司同时应当向马某解释测绘的依据、方法和结果的产生过程，并由马某签署认可书。如果马某对测绘成果有异议的，可以申请鉴定。

(4)马某至今从未收到商品房面积测绘成果表，也未收到过房产公司的补缴房款的书面材料。

综上，笔者认为，根据法律法规的规定，房产公司在交付本案所涉商品房之前，必须做好房屋的测绘工作并在房屋交付时向马某提供商品房面积测绘成果表。房产公司同时应当向马某解释测绘的依据、方法和结果的产生过程，并由马某签署认可书。如果马某对测绘成果有异议的，还可以申请

鉴定。而至今为止，房产公司也未向马某出具房屋交付前（即2002年8月31日之前）的商品房面积测绘成果表，所以房产公司要求马某支付差价款的请求证据不足。

2. 为什么要求房产公司提供2002年8月31日之前的商品房面积测绘成果表，需要注意的是本案所涉的房屋预售时及房产公司提供的2005年5月26日房产分证面积对比：

建筑面积（平方米）	套内建筑面积（平方米）	公摊面积（平方米）	得房率
143.852	110.655	33.197	76.92%
154.85	108.59	46.26	70.12%

明显可以看出，房产分证的建筑面积比预售合同大了9平方米，但套内面积房产分证反而比预售合同减少了2个多平方米，公摊面积房产分证比预售合同增加了13个多平方米，所以实际上本案所涉商品房的实际使用率（即得房率）从76.92%剧降至70.12%，将近7个百分点，作为马某可以要求房产公司就该情况提供商品房面积测绘成果表，并解释测绘的依据、方法和结果的产生过程。

3. 根据最高人民法院民事审判第一庭所编著的《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件司法解释的理解和使用》一书的观点：根据《商品房销售管理办法》第21条"按建筑面积计价的，当事人应当在合同中约定套内建筑面积和分摊的共有建筑面积，并约定建筑面积不变而套内建筑面积发生误差以及建筑面积与套内建筑面积均发生误差时的处理方式。"具体讲，包括两层意思：一是商品房买卖合同约定的建筑面积是固定不变的，而套内建筑面积发生误差，包括套内建筑面积增加而分摊的共有建筑面积减少和套内建筑面积减少而分摊的共有建筑面积增加两种情况。本案是后一种情况，实际上降低了交付商品房的实际使用率，同时在合同中并未约定建筑面积不变而套内建筑面积发生误差以及建筑面积与套内建筑面积均发生误差时的处理方式，所以根据该书的观点，可比照《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件司法解释》第14条中实际交付房屋面积小于合同约定面积的规定处理。所以，笔者认为，一审法院对于面积补差款的处理方式是合理的。

同时，笔者再次结合2008年12月8日版的《浙江省商品房买卖合同示范文本》第6条面积确认及面积差异处理："合同约定面积与产权登记面积有差异的，以产权登记为准。当事人选择【建筑面积】【套内建筑面积】（本条

款中均简称面积)作为计价方式时，商品房交付后，产权登记面积与合同约定面积发生差异，双方同意按以下方式处理：①面积误差比绝对值在3%以内(含3%)的，据实结算房价款。②面积误差比绝对值超出3%时，买受人有权退房。买受人退房的，出卖人在买受人提出退房之日起日内将买受人已付款退还给买受人，并按________利率付给利息。买受人不退房的，产权登记面积大于合同面积时，面积误差比在3%以内(含3%)部分的房价款由买受人补足；超出3%部分的房价款由出卖人承担，产权归买受人。产权登记面积小于合同登记面积时，面积误差比绝对值在3%以内(含3%)部分的房价款由出卖人返还买受人；超出3%部分的房价款由出卖人双倍返还买受人。"从上述条款可以看出，现行的示范文本已经取消了买卖双方可以自行约定以测绘面积为准的计算方式。从而进一步规范房地产市场，对房产公司的专业化程度进一步提高，同时也保护了消费者的合法权益。

综上，笔者认为，房地产业是商品经济和城市发展的产物。随着我国经济体制改革的深化进行，房地产业日益成为国民经济的支柱产业，成为基础性、先导性的产业。房地产行业的健康、稳定发展有助于推动城镇建设，促进社会生产力发展，改善人们居住条件以及完善市场体制和机制等方面发挥着越来越重要的作用。本案是一起典型的因为当初合同约定不清以及当事人对于合同条款以及相关法律的不同理解导致的纠纷案件，所以，进一步完善商品房买卖的相关法律法规以及对相关焦点问题的合理规范及解释就显得尤为重要。

行政措施及技术问题能否成为逾期交房的理据

——开发商应当为逾期交房埋单

戴文良 陈科杰*

案情简介

2004年至2007年，××等103户业主与某房地产开发商订立《商品房买卖合同》，在合同中约定开发商应在2007年12月31日前将符合交付条件的房屋交付给业主；但开发商却迟至2008年3月底才开始陆续交房。该103户业主认为，按合同约定，开发商应当依约支付违约金，但开发商认为逾期交房系地铁一号线湘湖站规划调整及地铁施工中的重大技术问题的原因造成的，自身并无过错，仅愿意承担适当的补偿责任。代理律师经过缜密调查、严谨论证，指出该商品房在交付时并不符合法定交付条件，行政措施及技术问题并不能成为开发商延期交房的合法理据。从而促使开发商作出让步，使案件得到调解结案，103户业主的合法权益得到维护。

争议焦点

1. 讼争商品房是否已经达到交付条件；

2. 地铁湘湖站规划调整及地铁站施工是否构成开发商逾期交房的合法理据。

审理调解

在审理中，因案件涉及面广，审理法院、原被告代理人通过分析后积极促成调解，具体调解方案为开发商同意支付业主按90天计算、每天万分之三的违约金，并补偿户均4000元的补偿，各业主对调解结果表示满意。

---

* 戴文良，男，硕士研究生，主要从事公司、金融、建筑房地产业务，浙江六和律师事务所专职律师。

陈科杰，女，法学学士，浙江六和律师事务所实习律师。

经典评析

笔者作为原告方代理人，完全站在客观的角度对本案作出如下几个问题的评析：

一、被告存在着逾期交房的事实

被告的延期交房事实存在两个阶段，第一阶段是约定交房期至被告通知交房时止，第二阶段是被告通知交房时起至被告开发的房屋符合交付条件时止。

第一阶段事实比较简单，根据原告与被告之间签订《商品房买卖合同》第8条关于交付期限的约定，被告应当在2007年12月31日前，将取得商品住宅交付使用批准文件的商品房交付给原告。2008年3月9日，被告通知原告于2008年3月25、26、27、28日交房。从合同约定的交付期限至被告通知的交付时间止，被告显然属于逾期交房。对此，被告在交房通知中也承认，延期交房时间达到85天至88天(并同意承担日万分之二的违约金)。

第二阶段是被告通知的交房时间起至被告开发的商品房符合交付条件时止。笔者认为，被告开发的商品房至庭审时仍然不具备交付的条件：不具备合同约定的商品住宅交付使用批准文件项下的交付条件。《商品房买卖合同》第8条约定：该商品房取得商品住宅交付使用批准文件。第11条约定，商品房达到交付使用条件后，出卖人应当书面通知买受人办理交付手续。双方进行验收交接时，出卖人应当出示合同第8条规定的证明文件，并签署房屋交接单。

浙江省建设厅《关于加强住宅小区交付使用管理工作的指导意见》[建房发〔2005〕195号(2005年9月8日)]规定：实行交付使用条件备案制。根据《城市房地产开发经营管理条例》第19条规定，由开发建设单位按照主管部门对项目建设各项要求，确认已达到各项条件，开发建设单位向房地产开发主管部门按房地产开发项目手册进行备案，房地产开发主管部门认为各项条件符合备案要求的，由房地产开发主管部门出具备案书。备案资料一般应包括以下几方面：

A. 经房地产开发主管部门确认的学校、农贸市场、垃圾中转站、社区配套用房等非经营性公建配套项目已按要求完成建设的资料；

B. 房屋建筑工程竣工验收备案证明书；

C. 规划行政主管部门规划验收合格的资料；

D. 市政公用设施主管部门确认的供水、排水、煤气、环境等设施已完成配套建设的资料；

E. 绿化主管部门确认的绿化指标要求；

F. 人防主管部门确认的人防工程建设资料；

G. 消防验收证明；

H. 电(扶)梯验收报告、准用证；

I. 供电部门、通信运营商、广电网络传输中心提供的项目供电、通信、电话、有线电视设施已完成建设并可投入使用的证明资料；

J. 房地产开发企业按规定配置物业管理用房的缴交确认单及前期物业管理企业同意接受管理的合同；

K. 房地产测绘成果；

L. 当地房地产开发主管部门认为需要的其他证明材料。

实行交付使用条件备案制的市、县，房地产开发主管部门应结合具体情况，确定并公布备案资料的具体要求。

杭州市萧山区建设局《关于进一步明确住宅工程竣工验收、备案和交付使用条件的通知》(萧建设建〔2006〕219 号)第 5 条规定：加强项目交付使用条件备案资料的查验工作，项目经备案后方可交付使用，并向房管部门申请房屋产权登记，项目交付使用条件备案需提供以下资料(区建设局房产科受理申请备案)：

A. 备案申请表(原则上按项目一次性验收；确需分期验收的，须达到相应的配套设施使用条件，书面说明申请理由，并落实相应的管理用房)；

B. 土地证复印件及土地使用权复核验收合格证明；

C. 房屋建筑工程竣工验收备案证明书、规划、消防、绿化、人防的工程验收合格证明；

D. 住宅小区内幼儿园、车库(含地下)、会所、公厕、垃圾中转(收集)等公建配套项目已按要求完成建设的证明(资料)；

E. 经规划批准的建筑总平面图、绿化项目总平面图，物业构成及共用设施设备明细；

F. 各类公用管线的竣工图、已完成建设并可投入使用的证明[供水、排水、燃气(需市政主管部门确认)，供电、邮政、通讯、电话、有线电视]、电梯验收报告及准用证；

G. 前期物业管理的落实情况[含物业管理单位、经备案的前期物业服务合同及物业管理用房(3‰)、物业经营用房(4‰)](附图)；住宅开发项目

社区用房的落实情况（按每百户 30 平方米配置，并由项目所在镇、街道确认）（附图）；

H. 地名办批准文件及图纸；

I. 面积测绘清单；

J. 所有单项工程按地名办编号、工程施工编号、建筑面积（实测）、房屋用途、开竣工日期（按施工日期）、设计、施工、监理单位等内容制定一览表；

K.《房地产开发项目手册》；

L.《住宅使用说明书》及《住宅质量保证书》；

M. 属于项目公司的，需提供母体责任承诺书，就项目结束后的后续法律责任作出承诺，并加盖项目公司及各股东单位（自然人）公章。

前述规范性文件，可以作为理解双方约定的“商品住宅交付使用批准文件”的根据。被告应当提供交付条件备案所需的资料以及交付条件备案表，接受司法审查，以证明其已具备合同约定的住宅交付条件。但至庭审时为止，被告未提供这些资料，应当视为被告尚不完全具备交付使用批准文件。而且，即使被告形式上取得了上述文件，但合同上、法律上要求的并不是形式上的具备，更重要的是该文件表示的交付条件已经实际具备。同时，合同第 14 条约定：供水、供气、供电、通讯、有线电视等基础设施应当在房屋交付前达到正常使用条件。小区道路完工并符合车辆行驶条件，车库交付使用。绿化工程在交付房屋前完工。

但事实上，除被告至庭审时未能提供证明其已取得商品住宅交付使用批准文件的证据外，被告至少有下列方面在其通知交房时仍不具备交付条件：

1. 原告对于小区内道路、绿地等用地至今不具有土地使用权。证据表明，被告现在庭审时正在将该土地使用权从杭州宋城集团控股有限公司转让过来，且用地性质为综合用地，而不是商品住宅用地，使用年限仅为 50 年（商品住宅用地使用年限为 70 年）。从法律意义上讲，原告仍无权使用小园内道路、绿地，小区建设也不符合规划许可证的规定。规划总平面图规定的平地地面停车 201 辆、自行车停放数量 3857 辆，绿化率 75.8%，容积率 0.54，建筑密度 12.4% 等规划要求，在原告享有使用权的土地范围内，根本无法实现。《中华人民共和国物权法》第 73 条规定：建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。但本案中的原告对于小

区道路、绿地、公共场所、公用设施和物业服务用房至今不具有合法的物权，原告只有借用别人的综合用地才能进出家门。

2.燃气。被告提供的证据证明，燃气工程于2008年5月30日完成调压的测试。可见，在被告通知交房时，燃气工程并不具备交房条件。

3.有线电视。2008年7月14日，法院依原告申请对××数字电视有限公司负责××小区数字电视工程施工的工作人员调查时，该工作人员称该施工项目还没完工，之前被告出具的合格证明是为了配合被告备案的需要。

二、被告交付的房屋存在众多质量瑕疵，原告有权拒绝收房

《中华人民共和国合同法》第111条规定：质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

据此，在验收房屋过程中发现的质量问题，应当由被告修复。因修复而造成的交房延误，应当作为被告延期交房的事实。验收交房后出现或者发现的质量问题，才是保修问题。比如，买一辆汽车，汽车上有划痕，买受人要求其修复，修复前的时间只能算作是出卖人的履行时间。而不能以可以保修为由，先交付，再保修。

三、被告主张的免责理由不能成立

（一）被告依据第8条主张免责，其理由不成立

1.合同第8条的约定属于格式条款，被告没有合理提示原告注意免除被告责任的内容，应依法认定无效。

《中华人民共和国合同法》第9条规定：采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

第40条规定：格式条款具有本法第52条和第53条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条

款无效。

第 41 条规定：对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

合同第 8 条关于“县级以上规划、文物等行政主管部门根据法律法规的规定，采取的某项行政措施或遇到重大技术问题而导致开发建设期延长的，但最长不得超过 6 个月”，出卖人可据实延期的约定，属于格式条款，提供格式条款的被告方免除其责任、排除原告向其主张违约金的主要权利，且被告没有采取合理的方式提请原告方注意，该条款应当依法认定无效。

2. 没有充分证据证明地铁建设对于本案延期交房影响的存在。

(1)从规划来看，被告认为，地铁站的规划于 2007 年 11 月 19 日才确定，且将原规划红线向××小区方向推进了很多，这一规划的变更造成了管线的迁移，影响了交付时间。

首先，被告认为地铁站的规划进行了变更，应当由被告负责提供变更前后的两份规划批准的图纸及批准文件，以比对规划是否产生了可能影响××小区建设的变更。依照法律规定，建设项目只有取得建设工程规划许可证、施工许可证后才能施工。被告提供的证据表明，地铁项目早已施工，因而地铁湘湖站原有建设工程规划许可证及其附图，被告能够举证。但被告至今未能提供该证据，所以根本不足以说明湘湖站的规划作了变更。

其次，被告提供的第二组证据，地铁湘湖站主体建设总平面图(被告提供的第二组证据三，虽然原告方对该证据的真实性不认可，但退一步对该证据分析)表明：××小区临风情大道的大部分区域原规划红线与现规划红线是重叠的，不存在规划红线变更的问题。而且，结合被告提供的第二组证据证据二，××小区临路部分，本身系规划中的城市绿化带，属于建筑红线范围之外，因而，即使道路规划红线作出变更，对于××小区的建设也不致产生影响。

(2)从施工来看，被告认为规划变更对被告的施工造成了影响，应当提供足以证明该事实的施工日志，而不是仅仅提供相关单位前后矛盾、相互矛盾的证明。但被告至今未提供任何施工日志。所提供的单位证明，依照最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第 77 条规定：“依照民事诉讼法第 65 条由有关单位向人民法院提出的证明文书，应由单位负责人签名或盖章，并加盖单位印章”的规定，这些证明不符合单位证明作为证据的形式要件的要求。

3.即使存在影响，也属于被告订立合同时应当预见的风险范围之内。2005年6月1日，国务院审批通过了杭州市城市快速轨道交通建设规划。6月6日，国务院下发了《关于审批杭州市城市快速轨道交通建设规划的请示的通知》。因而杭州地铁1号线、2号线的建设规划，早在2005年即已公之于众，作为炒作地铁概念的××小区的开发商，被告对于杭州地铁1号线的建设规划早已烂熟于胸。被告在2006年开盘预售的宣传单张中，就宣称××小区与地铁相邻。因此，地铁建设对于被告楼盘建设及交房的影响，被告在订立合同时就应当预见该风险。

4.即使存在影响，也不属于合同约定的行政措施或者重大技术问题导致建设期延期的情形，而是施工配合及协调问题。从被告提供的第三组证据证据三表明，2007年11月5日，杭州市地铁集团有限责任公司与被告签署《管线改移专题会议纪要》，明确"主出入口，管线在11月20日以前必须完成，为保证被告交房(交房时间为12月起)"。可见，即使规划变更对施工产生影响，管线迁移工作仍然能够在短时间内完成，被告的交房时间仍然能够保证。规划即使变更，××小区仍然能在约定时间内竣工，仍能按期交房。

5.即使存在影响，也属于因第三方原因造成的违约。《中华人民共和国合同法》第121条规定：当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。事实上，被告提供的第三组证据证据二证明：杭州市地铁集团有限责任公司向被告借用风情大道东边绿化带的部分土地，给予了被告补偿。因而，被告毫无理据将可能因第三人的原因所产生的违约责任转嫁给原告。

二、被告以部分业主已收房为由，主张第二阶段的违约责任免责的理由也是不能成立的

主要因为有以下几点：

1.从诚信的民法原则分析，被告明知自己的房屋不符合商品房交付条件，却通知原告办理交付手续，应当承担因违背诚信而产生的民事责任。

2.《中华人民共和国合同法》第158条第三款规定："出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前两款规定的通知时间的限制。"因此，原告在接收商品房后仍可以要求被告承担质量瑕疵担保责任或违约责任。

3.购房人作为弱势一方，非建筑、房地产开发专业人员，如果过分加重

其验收责任，无疑纵容开发商，也不利于维护弱势方的合法权益，有违法律的精神要旨。

因而，虽然部分商品房已交房，但被告仍应承担至符合交付条件时止的延期交付违约责任。

本案启示

1.依法成立的合同受法律保护，合同双方当事人均应遵照执行。本案中开发商未按合同约定履行交房义务，应承担违约责任。按照合同约定的逾期不超过 90 日的，自本合同第 8 条规定的最后交付期限的第二天起至实际交付之日止，出卖人按日向买受人支付已交付房价款万分之五的违约金，合同继续履行；逾期超过 90 日后，买受人要求继续履行合同的，合同继续履行，自本合同第 8 条规定的最后交付期的第二天至实际交付之日止，出卖人按日向买受人支付已交付房价款万分之十的违约金。

2.本案中，开发商主张免责的理由，是合同第 8 条关于“县级以上规划、文物等行政主管部门根据法律法规的规定，采取的某项行政措施或遇到重大技术问题而导致开发建设期延长的，但最长不得超过 6 个月”，开发商可据实延期的约定。但这一条款属于开发商提供的格式条款，开发商没有合理提示原告注意免除开发商责任的内容，应依法认定无效。

3.从事实方面来看，开发商没有充分证据证明地铁建设对于本案延期交房影响的存在，即使该影响存在，也是开发商在订立《商品房买卖合同》时应当预见的合同风险，如因第三人的原因造成延期交房的，也应当由开发商向买受人承担违约责任。因而开发商以行政措施及重大技术问题为由主张免责，依法不能成立。

约定不明情况下的合同解释原则

——周某诉某房地产开发公司商品房买卖合同纠纷案评析

吴方荣　金德聪*

案情简介

2004年6月，原告周某与被告某房地产开发公司签订《商品房买卖合同》，购买一套多层商品房，在设计方案及施工图中，该商品房所在楼宇建筑层数为地上5层，没有配备电梯，但该开发商销售人员在签订合同时，产生工作失误，误将小高层（配有电梯）的合同附件三用到多层合同中，故双方签订的合同附件三第8条中约定"电梯：双门侧开式住宅电梯"。合同签订后，双方未就合同修改事宜达成一致。房地产开发公司于2006年7月向周某寄送了入伙通知书，通知周某办理房屋交付手续。周某拒绝办理交付手续，认为所购买的商品房并未按照合同附件三的约定配置电梯，并诉至法院要求房地产开发公司赔偿10万元整。

另，双方签订的合同还约定了以下内容：第13条约定被告交付使用的商品房的装饰、设备标准应符合双方约定（附件三）的标准。达不到约定标准的，买受人有权要求被告赔偿双倍的装饰、设备差价。双方所签订的合同附件一为房屋平面图，房屋平面图标识显示该幢楼宇无电梯及电梯井，附件二为公共部位与公用房屋分摊建筑面积构成说明，约定公共部分与公用房屋分摊建筑面积构成楼梯间、外半墙、公用门厅、过道、配电房、楼梯、公用管道井、设备间。

---

* 吴方荣，男，毕业于浙江大学，主要执业领域为房地产开发、项目并购等，浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

金德聪，男，毕业于浙江师范大学，法学学士，浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

争议焦点

双方在签订合同时，真实意思表示究竟是有电梯还是无电梯？具体讲就是，《商品房买卖合同》附件三第 8 条约定“电梯：双门侧开式住宅电梯”，双方对该条款的理解出现争议：周某认为合同明确约定商品房应当配置电梯；房地产开发公司认为合同约定商品房不配置电梯，附件三第 8 条约定的条款系公司工作失误所致。

一、房地产开发公司的抗辩理由

1. 合同附件一《房屋平面图》约定涉案商品房所在楼层的户型时没有标注电梯、电梯井；合同附件二《公共部分与公用房屋分摊建筑面积构成说明》在约定涉案房屋分摊建筑面积的构成时没有出现“电梯机房”、“电梯间”等电梯住宅特有的分摊构成；合同附件三《装饰、设备标准》第 8 条约定“电梯：双门侧开式住宅电梯”内容是房地产开发公司工作人员的失误所致，并非其真实意思表示。

2. 涉案房屋所在的楼宇为多层公寓，根据本楼盘多层公寓的交易习惯、本市建筑房地产市场开发多层公寓配置电梯与否的习惯，以及本市多层公寓物业管理服务费、公摊能耗费、物业维修基金收取标准，应认定涉案房屋所在的楼宇并不配置电梯。

3. 房地产开发公司工作人员的工作失误并没有给周某造成合同权益上的损失。合同附件三关于电梯的类型、品牌、型号等内容未作约定，不能确定电梯标准，因此不适用合同第 13 条“出卖人赔偿双倍的装饰、设备差价”。依据《合同法》第 125 条规定，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同目的、交易习惯以及诚实信用原则确定。周某作为原告应当对其合同上的权益损害负有举证责任，因原告未提供其权益受到损害的证明，所以应当承担举证不能的法律后果。

二、周某申辩理由

1. 附件三装饰、设备标准以书面文字形式明确约定有电梯，但在房产交付时没有电梯，房地产开发公司应按合同约定的违约责任赔偿。

2. 附件一《房屋平面图》在合同中约定为指示房号之用，且附件三装饰、设备标准的内容不可能完全反映在附件一中。

3. 附件二《公共部分与公用房屋分摊建筑面积构成说明》与附件三装

饰、设备标准没有关联性，且附件三的内容也不可能完全反映在附件一中。

审理判决

一审法院于2007年12月判决认为：原告与房地产开发公司订立的商品房买卖合同合法有效，双方均应依约履行。根据原被告的陈述以及房地产开发公司提供的证据，本院认定房地产开发公司交付给原告的涉案房屋没有电梯。虽然合同附件三第8条约定有电梯，但是该内容与合同第3条所指明的附件一的房屋平面图与附件二中公摊面积的构成说明内容不相符合。针对合同中有无电梯的矛盾之处，房地产开发公司承认是其工作失误造成，但是原告作为合同的缔约方，也应当尽到相应的合同审查义务，根据涉案房屋价格、平面图、公摊面积大小、公摊面积组成等，应当知道涉案房屋没有电梯。现原告主张涉案房屋没有按附件三第8条设置电梯应当依照商品房买卖合同第13条的约定进行赔偿，本院对其诉请不予支持，判决驳回原告的全部诉讼请求。

周某不服一审法院的判决。提起上诉。认为一审判决中“原告作为合同的缔约方，也应当尽到相应的合同审查义务，根据案涉房屋价格、平面图、公摊面积大小、公摊面积组成等，应当知道涉案房屋没有电梯”的观点与事实不符。

二审法院于2008年7月作出终审判决。该判决认为：根据周某提交的其与房地产开发公司签订的《商品房买卖合同》，双方确实在合同附件三装饰、设备标准的第8条中约定“电梯：双门侧开式电梯”。一般情况下，依据该内容确实可以理解为该争议商品房存在电梯的设计，但对该项约定从整个合同的内容进行分析，则可以看出上述理解存在过于片面的问题。首先，根据该合同所附的房屋平面图，其中没有标注电梯井的位置。其次，合同附件二公共部位与公用房屋分摊建筑面积构成说明中，并未把通常设计有电梯的楼房中必然存在的“电梯机房、电梯井”作为公共部位约定在公摊面积中。因此，从上述情况看，该份合同的平面图、附件二与附件三中的关于“电梯”的内容显然是冲突的，即合同中的条款存在矛盾，属约定不明确的情形。根据日常生活经验，买房人在确定购买的具体房屋时，对即将认购的房屋的楼层、位置、结构等内容必然是经过充分的了解与观察，而对此种与房屋使用及价格有着直接影响的内容（如电梯升降造成的噪声、电梯出入是否方便、房屋公摊面积与建筑面积的比率等）不可能不予了解，故上诉人作为购房人从房屋平面图及公摊面积说明中应该可以得出房屋不存在电梯设计的

判断，即上诉人在买房时对该争议房屋不存在电梯应当是知晓的，而被上诉人提出的错将"电梯"的内容列人了合同的抗辩理由存在合理性。同时，根据合同第3条买受人所购商品房的基本情况中所约定的"建筑层数地上五层"的内容，购房人按惯例也应知道这类多层建筑一般情况下不会设置有电梯。因此，虽然双方签订的《商品房买卖合同》的内容存在矛盾，但从双方当时签订合同的真实意图分析该房屋的配套设施中应不包括电梯。现上诉人根据《商品房买卖合同》中有利于其的内容提起的诉讼，与双方签订合同的真实意思表示不符。因此判决驳回上诉，维持原判。

经典评析

合同的解释有助于使合同内容得到补充和完善，使合同漏洞得到填补；这有利于合同的履行，有利于合同争议的解决。《合同法》规定的合同解释方法有文义解释、整体解释、目的解释、习惯解释和诚信解释，但目前司法实践中综合运用各种合同解释方法的判例较少，本案经一、二审终审判决，对司法实践中的合同解释具有积极指导意义。

本案争议的处理焦点在于对合同附件三第8条的理解及对合同双方当事人签约时真实意思表示的认定。

1. 合同条款约定矛盾属于约定不明确。

本案合同附件一《房屋平面图》关于电梯、电梯井的标识、合同附件二《公共部分与公用房屋分摊建筑面积构成说明》关于"电梯机房"、"电梯间"等电梯住宅特有的分摊构成的说明均与合同附件三《装饰、设备标准》第8条约定的"电梯：双门侧开式住宅电梯"内容相矛盾。根据《合同法》第61条的规定，合同未约定或约定不明确的，双方可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。本案双方不能达成补充协议的情况下，就需本着尊重原意、弥补原意不清的原则，"按照合同有关条款或者交易习惯"对该合同进行解释。

2. 通过对合同的整体解释、习惯解释理解合同附件三第8条"电梯：双门侧开式住宅电梯"的约定。

合同解释目的是通过阐明合同条款的含义，以探寻当事人的真意，从而明确当事人的权利义务关系，正确认定案件事实。我国《合同法》第125条规定，当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。

在本案中，合同附件三第8条“电梯：双门侧开式住宅电梯”即为争议条款。一般情况下确实可以理解为合同双方当事人约定该涉案房屋所在的17幢配置电梯；但是根据合同附件一（房屋平面图并没有标注电梯井的位置）、合同附件二（公共部分与公用房屋分摊建筑面积构成说明中未把通常设计有电梯的楼房中必然存在的“电梯机房、电梯井”作为公共部位约定在公摊面积中）、涉案房屋所在楼层的竣工图（涉案房屋所在楼宇施工设计中本无配置电梯）、该楼盘的楼书（“住宅小区分南北两个区，以五层公寓为主，兼有小高层、高层电梯公寓”）等约定及相关材料描述，“电梯：双门侧开式住宅电梯”的约定显然与合同整体内容不协调，单独解释该条款无法探求到合同当事人真实意思表示。合同作为一个整体，将合同约定的层数、公摊面积、平面图、设施、设备等内容在整体上理解，排除了将合同中的只言片语作为当事人的真实意图、断章取义的可能；同时，“建筑层数地上五层”的多层商品房在房地产交易中通常不设置电梯的惯例是被当事人知晓的，且并不违反法律、行政法规的强制性规定，可以作为解释合同的交易习惯。因此，本案中合同是否配置电梯的约定应解释为“不配置电梯”。

3.根据诚实信用原则探求合同双方签约时真实意思表示。

解释合同应遵循诚实信用的原则。本案中，如对合同附件三第8条“电梯：双门侧开式住宅电梯”这一条款，进行单纯的词句解释，并认定房地产开发公司交付的涉案房屋没有电梯违反合同约定，应双倍赔偿电梯差价的，则该解释的结果明显不公平、不符合常理。根据合同解释中“误载不害真意”的原则，法院在对合同的整体解释的基础上，结合本地区、本行业、本楼盘的实际情况以及涉案商品房签约过程中的事实情况，认为周某在购房时对涉案商品房不存在电梯应当是知晓的。法院作出的认定符合合同双方签约时的真实意思表示。

本案我们作为房地产开发公司的代理人，主要向法院提供了以下几组证据，以探求、证明合同双方签约时的真实意思表示：

1.涉案房屋商品房买卖合同（附件一、附件二）；

2.涉案房屋所在楼层竣工图；

3.涉案房屋楼下的《商品房买卖合同》；

4.涉案楼盘内同为多层公寓的其他楼号同层房屋的《商品房买卖合同》；

5.涉案楼盘内小高层的《商品房买卖合同》；

6.案涉楼盘楼书。

本案审理中，法官通过对案件中所有证据的综合分析，根据生活经验及案件的实际情况，对合同条款进行了整体解释，探求了合同当事人签约时的真实意思表示，从而确定了当事人双方的合同权利与义务，法院据此正确认定了案件事实，并依法驳回了原告的诉讼请求。

公司与证券篇



国有股股权转让协议的效力

——浙江某创业集团有限公司与浙江某国有控股有限公司股权转让纠纷案

刘为平　陈慧梅*

案情简介

浙江某创业集团有限公司(以下简称"甲公司")系浙江一家民营企业，浙江某国有控股有限公司(以下简称"乙公司")系国有控股企业，浙江某国有独资企业(以下简称"丙公司")占乙公司总股本的51%。2001年5月18日，甲公司与乙公司签订《股权转让协议书》，约定：乙公司将其持有的浙江某环保科技股份有限公司(以下简称"丁公司")的股份全部转让给甲公司，甲公司于协议生效之日起5个工作日内以现金方式支付股权转让款。鉴于原《公司法》第147条的"股份有限公司发起人持有的股份，自公司成立之日起三年内不得转让"的规定，双方特别约定"在相关法律法规允许本协议项下股份转让、过户时起的1个月内或者丁公司成立满三年后的1个月内，双方依本协议条款补签股权转让协议，并办理变更登记和过户手续；如乙公司以其名义持有的本协议项下的股份在变更登记前即能转让或流通的，甲公司可委托乙公司抛售该股份，乙公司须将抛售所得全部价款在抛售后的5个工作日内划入乙公司方指定的账户"。2001年5月24日，甲公司按照约定支付了全部股权转让款。

2005年11月23日，甲公司、乙公司签订《股权转让补充协议》，约定2001年5月18日《股权转让协议书》有效并继续履行，并约定在补充协议签订之后即办理国有股权转让报批手续。考虑到实际情况，为配合股权过

* 刘为平，男，北京大学研究生毕业，擅长于民商事诉讼业务，上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师。

陈慧梅，女，毕业于浙江大学城市学院，从事民商事诉讼领域，上海市锦天城律师事务所杭州分所专职律师。

户手续，双方签署一份新股权转让协议作为上报审批材料，以转让当时丁公司最近一期经审计的每股净资产值作为协议转让价的依据，但这一定价方法仅作为上报审批之用，不对甲公司产生约束力。同日，丙公司与甲公司签订《保证合同》，由丙公司对乙公司履行《股权转让合同书》承担担保责任。

2005 年 11 月 23 日，甲公司与乙公司签订《股权转让协议》，作为转让报批材料。

2005 年 12 月 26 日，乙公司将股权转让手续逐级上报相关政府部门批准。

2006 年 5 月 8 日，甲公司与乙公司签订《股权转让补充协议》，就履行 2001 年 5 月 18 日的《股权转让协议书》及 2005 年 11 月 23 日的《股权转让补充协议》中的相关内容进行修改。同日，甲公司与丙公司签订《补充保证合同》。

股权转让报批后，经县、市两级政府部门批准，在上报省政府部门批准的过程中，乙公司在尚未得到股权转让正式批准之前，于 2007 年 8 月 24 日将协议转让给甲公司的全部股份在一级市场公开抛售，并占有全部股权抛售款。

甲公司在要求乙公司返还抛售价款无果的情况下，按照 2001 年 5 月 18 日之协议约定向杭州市仲裁委员会申请仲裁，要求第一被申请人乙公司返还抛售的股票或者返还抛售价款，并要求第二被申请人丙公司承担连带担保责任。笔者作为申请人的代理人承办本案。

争议焦点

1. 甲公司与乙公司签订的一系列国有股股权转让合同的效力；
2. 保证合同的效力以及第二被申请人应承担的责任；
3. 在国有股股权转让尚未取得有权机关批准下，如何处理仲裁申请人的请求。

审理判决

申请理由

申请人与被申请人签订的《股权转让协议书》及一系列补充协议、保证协议均是各方当事人真实意思的表示，符合当时各项法律规定，合法有效。2001 年 5 月 18 日《股权转让协议书》虽然在丁公司成立的三年之内签订，但双方约定在相关法律修改或者乙公司对丁公司持股满三年后办理变更登记手续，属于附期限的股份转让，并不违反 1999 年《公司法》的规定，而且最

高人民法院二审审理的平江县国有资产管理局与湖南省泰和集团股份有限公司股权转让纠纷案、浙江省高级人民法院二审审理的浙江天堂硅谷创业集团有限公司与杭州临安申光贸易有限责任公司股权转让纠纷案两个生效案例均已认定附期限股份转让合同有效。因此，甲、乙公司的股权转让合同并不违反原《公司法》的强制性规定，应当为有效。甲、乙公司之间的股权转让，已经当地两级政府相关部门批准，正在报省政府相关部门审批，因乙公司的恶意违约而中止，乙公司应当按照约定承担返还股权抛售款的责任。

答辩

被申请人辩称 2001 年 5 月 18 日的《股权转让协议书》违反原《公司法》第 147 条有关发起人持有的股份自公司成立之日起三年内不得转让的强制性规定，另一方面由于涉及国有股份的转让，又要受到原《公司法》第 148 条有关转让国有股份审批管理的规定。该协议违反《公司法》的强制性规定，又未履行国有股份转让的审批程序，属于无效，一系列补充协议、保证协议也因主合同无效而无效。2005 年 11 月 23 日《股权转让协议》是虚假合协议，双方并不实际履行。至于丙公司的担保责任，且不管主合同的效力，丙公司是对股权转让补充协议与 2001 年 5 月 18 日《股权转让协议书》两个转让价之间的差价能够返还给申请人提供担保。因股权转让没有获得相关部门批准而没有实际履行，丙公司不需要承担担保责任。

裁决结果

※关于国有股股权转让协议及补充协议的效力

仲裁庭认为《股权转让协议书》约定的乙公司转让丁公司股权权利处置等事项，需要按照《公司法》、《证券法》及相关国有股权转让等法律法规的规定报主管机关省级财政（国资）部门审核批准。事实上，当事人于 2001 年 5 月 18 日签订的《股权转让协议书》并没有依照法律规定报有关机关批准。2002 年 7 月 22 日，丁公司在上海证券交易所挂牌上市交易成为上市公司，甲公司受让股份属于上市公司收购，应受《公司法》、《证券法》等法律法规中有关上市公司收购的约束，并按照规定报财政部门审核批准。经审核批准后方可实施转让，并按照规定进行上市公司信息披露。本案当事人并没有按照法律规定办理批准手续。

当事人的股权协议转让没有依照法律规定的方式进行，而是采取串通共谋的方式约定实施有损国家利益，系规避国资管理、证券管理法律规定的行为。这种约定的股权转让也违反法律、行政法规的强制性规定。依据《中华人民共和国合同法》第 52 条的规定，确认两份《股权转让补充协议》均属

无效协议。

2005 年 11 月 23 日的《股权转让协议》，因双方约定股权转让相关事宜获得国有资产主管部门的批准后生效，至本案庭审终结止，尚未获得国有资产主管部门的批准，因此该协议未生效。

综上，申请人与第一被申请人于 2001 年 5 月 18 日《股权转让协议书》一直没有报有权管理机关批准，未生效。2005 年 11 月 23 日签订的《股权转让协议》尚未获得国有资产主管部门的批准，未生效。2005 年 11 月 23 日、2006 年 5 月 8 日签订的《股权转让补充协议》无效。

※保证合同的效力

第二被申请人与申请人签订的《保证合同》和《补充保证合同》，由于申请人与第一被申请人分别于 2005 年 11 月 23 日、2006 年 5 月 8 日签订的《股权转让补充协议》无效，根据《中华人民共和国担保法》第 5 条的规定，保证合同因主合同无效而无效。

※对于国有股权转让尚未取得有权机关批准下的本案的处理

本案因有关股权转让合同没有生效，股权转让没有实际发生，申请人主张第一被申请人抛售的股份和抛售所得款项属于其所有的主张不能成立，其仲裁请求不能支持。在合同未生效的情况下，考量的是缔约过失责任，缔约过失责任造成的损失为可信赖利益的损失，就本案而言包括因缔约而发生的金钱损失、支付的股权转让款的金钱损失和股权转让款占有产生的贷款利息损失。本案申请人没有提供有关缔约发生的金钱损失证据，无法认定其损失的存在；支付的股权转让款的金钱损失为 187.5 万元；贷款利息 146.13 元。但综合考虑申请人作为专业的创业投资机构，早已于 2001 年 5 月 24 日支付给第一被申请人的股权转让款，从此失去了有效利用 187.5 万元投资的增值机会。而后，为丁公司就上市、战略管理和资本运营提供服务等因素，仲裁庭认为，第一被申请人应返还申请人支付的股权转让款，同时可以考虑赔偿利息损失为 562.5 万元。申请人以未生效的协议为依据已从第一被申请人处获得的分红款应予扣除。

仲裁庭认定，申请人与第一被申请人于 2001 年 5 月 18 日签订的《股权转让协议书》、2005 年 11 月 23 日签订的《股权转让协议》虽然成立，但依我国《合同法》第 44 条的规定尚未生效。双方于 2005 年 11 月 23 日、2006 年 5 月 8 日签订的两份《股权转让补充协议》因有意串通损害国家利益，以及违反法律、行政法规的强制性规定而无效。申请人与第二被申请人于 2005 年 11 月 23 日签订的《保证合同》、2006 年 5 月 8 日签订的《补充保证合同》

因主合同《股权转让补充协议》无效而无效。第一被申请人出售股票所得属于第一被申请人。本案《股权转让协议书》因未办理批准手续而未生效,第一被申请人存在缔约过失,应承担缔约过失责任。申请人主张返还股票或股票抛售款的主张缺乏事实依据和法律依据,不予支持。申请人要求第二被申请人对赔偿承担连带责任的主张,不予支持。最后裁决:第一被申请人赔偿申请人(包括返还的股权转让款在内)人民币703.2万元,驳回申请人的其他仲裁请求,仲裁费用由申请人与第一被申请人各承担50%。

经典评析

这是一起附期限的国有股股权转让纠纷案,与已生效的最高人民法院二审审理的平江县国有资产管理局与湖南省泰和集团股份有限公司股权转让纠纷案、浙江省高级人民法院二审审理的浙江天堂硅谷创业集团有限公司与杭州临安申光贸易有限责任公司股权转让纠纷案类似,但却有重要差别。相同之处在于:转让方均为股份有限责任公司发起人,都是在原《公司法》第147条规定的"股份有限公司发起人持有的股份,自公司成立之日起三年内不得转让"的背景下,在股份公司成立三年之内与受让方签订股权转让协议,由受让方支付股权转让款,并约定在法律规定允许转让的期限届满后办理股权变更登记手续,该协议约定是有效的,应受到法律保护。区别之处在于:前两个案例的转让方为非国有企业,本案的转让方为国有控股企业,转让标的属于国有资产,除满足一般股权转让合同的有效要件外,还必须满足法律法规有关国有股权转让的特别规定。本案也因转让方和转让标的性质的特殊性,导致案件裁决结果与前案例截然相反。

公司股权转让虽然属于私法范畴,由《公司法》规范和调整,尊重当事人的意思自治,但其中的国有股权的转让涉及国家利益,因此我国公权力对此进行干预,在相关法律、法规和规章中对国有股权的转让作出了特别的规定。我国《合同法》第44条规定"依法成立的合同,自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定"。1999年《公司法》第148条规定,国家授权投资的机构可以依法转让其持有的股份,也可以购买其他股东持有的股份。转让或者购买股份的审批权限、管理办法,由法律、行政法规另行规定。1999年《证券法》第94条规定,上市公司收购中涉及国家收取投资机构持有的股份,应当按照国务院的规定,经有关主管部门批准。国家国有资产管理局1994年发布的《股份有限公司国有股权管理暂行办法》和1996年发布的《关于规范国有股权管理有关问题的通知》、

财政部2000年发布的《关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知》、中国证券监督管理委员会2002年发布的《上市公司收购管理办法》、国务院2003年发布的《企业国有资产监督管理暂行条例》、国务院国资委2004年公布的《企业国有产权转让管理暂行办法》等均规定国有股权转让、上市公司股权收购应逐级报相关主管部门批准，股权转让协议经批准后方能生效和实施。

本案丙公司系国有独资公司，乙公司由丙公司控股，属于国有控股公司。2001年5月18日签订《股权转让协议书》时，丁公司是非上市的股份公司，但乙公司转让的丁公司股权为国有控股股权，应当按照法律法规的规定报主管机关省级财政(国资)部门批准。但因双方约定的过户期限未至，双方没有办理报批手续。2002年7月，丁公司经批准并在上海市证券交易所挂牌上市交易，成为上市公司。此时，甲公司与乙公司的要实现股权转让，除了按照规定办理国有股权转让的审批程序外，须同时满足有关上市公司国有股权转让程序申报相关部门批准。本案当事人2001年的《股权转让协议书》虽按约定成立，但却因没有按照规定办理上述的审批手续而未生效，这是本案申请人当时没有认识到的。

2005年，《股权转让协议》约定的股权过户期限到达，为办理审批和过户的需要，双方于11月23日又签订了一份《股权转让协议》。同时各方当事人考虑到实际情况的变化，为履行2001年的《股权转让协议书》，又签订了两份《股权转让补充协议》、《保证合同》、《补充保证合同》，并在补充协议中约定2005年的《股权转让协议》作为上报审批的材料，不对协议受让人甲公司产生约束力，双方的权利义务仍按照2001年的《股权转让协议书》和补充协议履行。这些虽然是当事人意思的真实表示，但因国家有关国有股权转让、上市公司股权收购的法律法规规定，协议收购国有(包括国有控股)股权的应当按照经国家相关部门批准的协议履行，而补充协议的约定规避了国资管理和证券管理法律的规定，损害了国家的利益。《合同法》第52条第二项规定了恶意串通，损害国家、集体和第三人利益的合同无效，故仲裁委认定两份《股权转让补充协议》无效。关于两份保证合同，《担保法》第5条规定"担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定"。最高人民法院副院长奚晓明在2007年5月30日全国民商事审批工作会议上"关于独立担保的适用范围"的讲话中对判断独立担保合同的效力作了进一步的解释，认为"对于独立担保的处理，应当坚持维护担保制度的从属性规则，在主合同有效的前提下，若当事人在非国际

商事交易领域约定独立保证或独立担保物权，应当否定担保的独立性，并将其转换为有效的从属性连带保证或担保物权”。因此，两份保证合同作为从合同，也因其所担保的主合同无效而被认定无效。

2005 年 11 月 23 日的《股权转让协议》虽然已经逐级上报批准，乙公司在省级政府主管部门的审批过程中擅自出售股票，显然是恶意毁约，属有过错。但是，依据法律规定和协议约定，该协议在获得政府主管部门的批准后方能生效，因乙公司恶意毁约行为，导致股权转让在仲裁庭审辩论终结前仍未获得最终的审批手续，仲裁庭根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第 9 条的规定，认定协议没有生效，对甲公司、乙公司之间没有约束力。甲公司的仲裁请求不能得到支持，也不能依据协议追究乙公司的违约责任。

本案中，两份股权转让协议均依法成立，但依约定和法律法规的规定均未生效，申请人不能依据合同追究第一被申请人乙公司的违约责任。而乙公司作为国有法人股的持有者，明确国家对股份有限公司股权转让的审批规定，其在签订 2001 年股权转让协议时未按规定办理报批手续，在 2005 年的股权转让协议报批过程中又违反诚实信用原则，在未告知申请人的情况下将拟转让的股权全部抛售，乙公司违反诚实信用原则，对协议未生效有过失，应当对申请人承担缔约过失责任。法律对于承担过失责任的范围没有明确规定，仲裁庭运用法理将缔约过失责任的范围界定为因缔约而发生的金钱损失、支付的股权转让款的金钱损失和股权转让款占有产生的贷款利息损失。申请人是专业的投资性公司，在 2001 年至 2008 年间完全可以利用已付的股权转让款获得更大的投资收益，而且其在 2001 年 5 月 18 日《股权转让协议书》签订之后，为丁公司就上市、战略管理和资本运营提供大量的服务。如果第一被申请人仅在上述范围内承担缔约过失赔偿责任，显然不足以弥补申请人的损失。仲裁庭裁决在考虑到申请人损失的情况下，裁决第一被申请人承担已付股权转让款三倍的赔偿责任，更大程度地补偿了申请人的损失。因此，对于甲公司而言，协议有效与无效两种结果差距甚大，虽然通过缔约过失责任赔偿挽回了一定的损失，但却没能实现投资获益的目的。

在目前全球金融危机的背景下，转让股权是很多企业套现缓解资金周转困难的一种方式。本案的警示在于：股权协议转让，除了满足一般协议生效要件外，还要结合各方当事人的性质、拟转让股权的性质综合考察相关法律法规的特别规定，以满足合同的生效要件，才能更好维护企业自身利益。

瑕疵股权转让与债务抵销的法律分析

——林某诉陈某、张某某股权转让纠纷案评析

王红燕　高振华*

案情简介

2005 年 12 月 18 日，林某与陈某签订 ABC 有限公司股权转让合同一份，约定：林某将其持有 ABC 有限公司 900 万股权转让给陈某，股权转让款为人民币 754.2 万元。同日，ABC 有限公司召开了临时股东大会，并形成决议，决议同意林某将其 900 万股权转让给陈某、修改公司章程、授权公司向工商部门申请变更登记等内容。嗣后，林某与陈某就股权转让款的支付方式签订了协议书：股权转让法定程序完成后六个月内支付股权转让款，一半以六个月承兑汇票方式支付，另一半以汇票方式支付。

2005 年 12 月 22 日，ABC 有限公司股东、时任 ABC 有限公司董事长的张某某为陈某的上述行为出具了担保书：在林某陈述属实且经过依法审计、并在办理完毕工商登记的情况下，保证股权的全部支付行为在 2006 年 3 月 31 日前完成，并以个人财产担保全部条款履行完毕。

2006 年 1 月 5 日，相关方完成了企业变更登记，并召开新的股东会修改了 ABC 有限公司的公司章程。2006 年 3 月 13 日，陈某向林某支付股权转让款人民币 424.2 万元，剩余 330 万元余款未支付。经林某催告，陈某迟迟未付清余款，林某遂于 2007 年 1 月提起诉讼，要求陈某支付剩余股权转让款，张某某承担无限连带责任。

庭审中，被告陈某辩称：陈某在股权转让后经营管理 ABC 有限公司过程中，发现 ABC 有限公司货物库存数量上有明显不实的情况。经过内部审计，发现实际的资产与林某转让股权时所作出的陈述有较大差异。由于股

* 王红燕，女，法学学士，浙江六和律师事务所专职律师。
高振华，男，毕业于浙江大学法律系，浙江六和律师事务所专职律师。

权转让之时，受让人陈某及担保人张某某对股权转让时ABC有限公司的资产情况并不知情，导致股权转让价格存在明显不公平的事实，致使陈某损失人民币300多万元，于是陈某拒绝付清余款，张某某以该股权转让未经依法审计导致担保协议书的条件未成就为由拒绝承担担保责任。

另，2004年12月24日，林某与HH公司签订股东转让出资协议一份，约定HH公司将其持有ABC公司18%股权转让给林某，股权转让款为900万元人民币，股权转让款的支付方式和期限由双方另行协商确定，2005年1月5日HH公司就该股权转让完成工商变更登记。2006年12月10日，HH公司出具债权转让书载明：HH公司将2004年12月24日与林某签订的股权转让协议项下的900万元人民币债权转让给陈某，并于2006年12月31日将债权转让的事实通知林某。陈某主张以其受让HH公司对林某的债权与股权转让所应付的债务抵消。

争议焦点

一、林某与陈某签订的股权转让合同项下的股权转让价格是否存在明显不公平

被告陈某并不否认未支付剩余款项的事实，但认为未支付余款的原因是原告在签订股权转让合同时的陈述不属实。在被告受让股权后，才发现目标公司的库存数量有明显的短缺情况，实际资产与原告出让股权时作出的陈述有较大的差异，导致股权转让价格存在明显不公平，致使被告损失人民币300多万元。原告之行为违背民法的诚实信用原则，陈某要求对目标公司的财产重新进行审计，降低付款金额。

针对被告的抗辩事由，原告辩称在股权转让过程中，如实告知了被告公司的经营状况及资产情况，虽未形成书面文件，但并没有做任何隐瞒，目标公司的库存减少系生产过程中的使用和损耗，且在股权转让过程中，被告陈某并未提出任何异议，也未因股权价格显失公平而提出过撤销或变更股权转让合同。因此，被告的抗辩理由不能成立。

二、张某某出具的担保书条件是否成就，是否应当承担担保责任

被告张某某辩称，其在担保书中明确要求，在林某陈述属实且经过依法审计、并在办理完毕工商登记的情况下，其才承担相应的担保责任。因此，该担保书是附条件的担保。而在股权转让合同履行的整个过程中，相关方

一直未对ABC有限公司进行过审计，且原告林某陈述不实，所以担保书条件未成就，其不应承担担保责任。

针对被告张某某的抗辩事由，原告林某辩称，在股权转让合同签订之时，被告张某某为目标公司的股东，且当时任职目标公司的董事长，对目标公司的财产情况及经营状况应当了解。张某某在担保书中要求对目标公司财产进行审计，仅仅是形式而已，根据本案的实际情况，并不构成担保书生效的实质条件，因此，张某某应按照担保书中的承诺承担保证责任。

三、陈某受让HH公司对林某的人民币900万元的债权能否与其接受股权转让所应付的债务抵销

被告陈某主张，其于2004年12月24日受让的HH公司对原告林某的股权转让协议项下的900万元人民币债权与其所欠原告林某的股权转让余款进行抵销。

原告辩称，HH公司将HH公司对其的900万元债权转让给了被告的事实，原告予以承认，HH公司债权转让的通知也已经收到。但因HH公司与原告之间签订的股权转让出资协议中约定股权转让款的支付方式和期限由双方另行协商确定，因此，该协议不能确定人民币900万元的债务的履行期限，被告亦未举证证明该债务已经到期，因此，两项债务不符合债务抵销的条件。

被告陈某辩称，对于股权出资协议中"支付时间和支付方式由双方协商确定"条款，被告曾多次要求原告确认支付时间，但没有结果，可以理解为"履行期限不明确"。在此种情况下，被告认为，应当适用《合同法》第62条："履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行"之规定，被告有权要求原告及时支付。且被告在答辩期内要求原告支付上述人民币900万元款项，原告仍是置之不理。在本案开庭审理之日，应当认定为履行期限已经届至。据此，被告认为，原被告之间的互负同种债务可以相互抵销。

审理判决

一审法院经审理认为，林某与陈某之间签订的关于ABC有限公司股权转让合同，主体合格、意思表示真实、内容不违反法律法规强制性规定，应当确认合法有效。

在股权转让合同签订之日，目标公司ABC有限公司召开了临时股东大会，并形成决议，决议同意林某将其900万股权转让给陈某、修改公司章程、授权公司向工商部门申请变更登记等内容，嗣后即完成工商变更登记且召开新的股东会修改了ABC公司的章程。可以表明，原告林某已经依约履行了合同义务。对于股权转让合同项下的陈某尚有人民币330.6万元的股权转让款没有支付，这一争议双方均无异议。陈某未按照合同约定支付股权转让对价款，属于违约行为，应当承担继续履行的违约责任。庭审过程中，被告陈某辩称，被告对ABC有限公司的资产情况不是非常清楚，全部依靠出让人即原告所作出的陈述，原告林某在签订股权转让合同时的陈述不属实，在被告受让股权后，发现目标公司的库存数量有明显的短缺情况，实际资产与原告出让股权时作出的陈述有较大的差异，导致股权转让价格存在明显不公平。但在本案中，股权转让合同系陈某自愿签订，且被告陈某对股权转让价格不公平未举证予以证明，难以证明其辩论意见。再者，被告在受让股权后，并未针对股权价格不公平向原告提出过异议，也没有主张过撤销股权转让合同，因此，被告陈某以股权转让价格存在明显不公平为由拒绝支付股权转让对价款的抗辩理由不能成立。

张某某于2005年12月22日为陈某的行为出具了担保书，其在担保书中要求在林某陈述属实且经过依法审计、并在办理完毕工商登记的情况下才承担担保责任。虽然在股权转让过程中，未对ABC有限公司进行财产审计，但是因为被告张某某为目标公司的股东且当时任职目标公司的董事长的特殊角色，张某某在担保书中对目标公司财产进行审计的要求，并不构成本案担保书生效的实质上的条件，因此应当承担担保责任，以个人财产担保全部条款履行完毕。

对于被告陈某主张其受让的HH公司对原告林某的到期债权，应与本案中其应支付的债务相抵销的抗辩理由，法院认为，根据《中华人民共和国合同法》第99条之规定，当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销。当事人主张抵销的应当通知对方，通知自到达对方时生效。在本案中，HH公司与原告林某签订的股东转让出资协议约定“股权转让款的支付方式和期限由双方另行协商确定”，依据该协议之约定内容，并不能确定债务的履行期限。虽然HH公司于2006年12月31日将债权转让的事实通知原告林某，但并没有改变HH公司与原告林某签订的股东转让出资协议中的付款方式及履行期限，且被告陈某亦未举证证明该债务已经到期。因此，该债务不能确定已

届履行期，单方不得主张债务抵销，故被告陈某债务抵销的主张，法院不予支持。

根据以上的分析，法院作出了以下判决：被告陈某应当支付原告股权转让款人民币 330 万元；被告张某某对上述陈某应付款项负连带清偿责任。

经典评析

股权转让合同是当事人以转让股权为目的而达成的关于出让方交付股权并收取价金，受让方支付价金得到股权的意思表示。股权转让后，出让人基于股东地位而对公司所发生的权利义务关系全部同时移转于受让人，受让人因此成为公司的股东，取得股东权。根据《合同法》第 44 条第一款的规定："依法成立的合同，自成立时生效"，股权转让合同自成立时生效。所以林某与陈某签订的股权转让合同，系双方真实意思表示，不违反法律法规强制性规定，合法有效，双方应当恪守。

在本案中，林某与陈某签订了股权转让合同以后，办理了股权变更工商登记，ABC 有限公司召开了股东会修改了公司章程并对公司股东名册进行了变更，陈某取得公司股权，林某适当履行了合同义务。陈某作为股权转让合同的受让方应当支付对价款，陈某未按照合同约定支付股权转让对价款，属于违约行为，应当承担继续履行的违约责任。

我国公司法中对于瑕疵股权的转让并无特殊规定，股权因其特殊性，质量不可能有国家或行业标准，买卖双方也很难对股权质量作详细约定。一旦当事人因转让的股权存在瑕疵而产生争议，就难以找到一个评判标准。目前我国还普遍存在公司年检报告不实、会计报表失真的情况，尤其是隐含其中的风险，股权出让方往往也不愿让受让方在股权转让之前深入了解公司情况。有不少股权受让方在接手公司后，才知道公司的实际状况与签订合同时出让方所告知的或受让方通过公开资料所了解的情况相去甚远，此时受让方往往会以重大误解、显失公平、出让方恶意欺诈为由起诉出让方，要求出让方承担违约责任、赔偿损失或要求撤销股权转让合同等，而股权出让方往往会以股东不了解公司实际状况、受让方在受让时未尽审查义务为由提出抗辩。

本案中，在股权转让前，陈某认为自己并不知晓目标公司的资产情况，在股权受让以后才得知公司的实际状况与签订合同时出让方告知的情况有较大差异，但却因各种原因提不出有效证据，以至于无法在诉讼中取得优势。因此，在进行股权交易时，受让方应做好目标公司的资产审查工作，谨

债投资。

对于本案中双方债务是否可以抵销的问题，我国《合同法》规定：当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

所谓抵销，是指两人互负债务时，各以其债权充当债务清偿，而使其债务与对方的债务在对等的额度内相互消灭。在可以抵销的状况出现时，采用抵销的办法，可以避免双方当事人的分别请求和分别履行而带来的不必要的麻烦，从而节约时间和费用。

当事人之间所负债务，可依订立相互抵销合同而消灭，即合意抵销。合意抵销贯彻当事人意思自由的原则，可以由当事人自由商定。与合意抵销不同的是法定抵销，指两人互负同种类债务，且债务均已到清偿期限，为使相互间所负相当额度的债务共同归于消灭，依有抵销权一方当事人以单方的意思表示即可发生法律效力。

法定抵销的构成要件是：(1)在同一当事人之间存在相互对立的两个债权；(2)相互对立的两个债权之间种类相同；(3)双方债权已届清偿期；(4)双方债权均属可以抵销的债权。

在本案中，陈某受让了HH公司于2004年12月24日与林某签订的股权转让协议项下的900万元人民币债权，陈某尚有330万元股权转让款未支付给林某，陈某与林某之间存在相互对立的两个债权，且种类相同，均为可以抵销的债权。但是，因陈某受让了HH公司于2004年12月24日与林某签订的股权转让协议项下的900万元人民币债权，股权转让款的支付方式和期限需另行协商确定，并不能确定债权是否到期。所以，双方所负之债不符合法定抵销的要件，在双方不能达成一致的情形下，不能发生抵销的法律后果。

关于对股东行使司法解散公司权的思考

——郭某某、开化某村委会诉A公司、第三人沈某某、曹某某公司解散纠纷一案评述

王小军　阮海蕾*

案情简介

2002年10月24日,A公司注册成立,性质为有限责任公司。2003年8月28日,A公司经增资扩股,公司股东结构变更为郭某某(持股13.3%)、村委会(持股13.3%,实为郭某某出资)、沈某某(持股46.8%)、曹某某(持股26.6%)。后因A公司的实际股东即郭某某、沈某某、曹某某经营思路不一致,A公司未能投产。经当地管理委员会协调,三股东商定由郭某某承包经营A公司。2004年7月13日,郭某某与A公司签订承包协议一份,承包期限自2004年8月18日起至2009年12月31日止。该承包协议签订后,经郭某某努力,A公司生产经营形势不断好转。

2006年6月6日、7日,A公司召开董事会,三股东对公司经营决策出现严重分歧,承包协议被董事会终止。2006年6月30日,A公司召开全体股东会,会议通过公司章程修正案、选举执行董事、监事、聘任经理等事项的股东会决议,沈某某、曹某某以占73.4%的股权优势,罢免郭某某的公司法定代表人职务,由沈某某担任公司执行董事和法定代表人,曹某某担任公司经理,而代表公司26.6%股权的股东郭某某拒绝签字。2006年9月11日,A公司向工商管理部门申请办理了法定代表人、监事、经理等事项的变更登记手续,并废止了A公司的营业执照、公章、合同专用章等,重新办理了新的证照,导致郭某某无法开展正常经营活动。为此,郭某某就企业承包合

---

* 王小军,男,浙江大学毕业,专业从事民商事、金融类法律事务,浙江泽大律师事务所专职律师。

阮海蕾,女,浙江大学毕业,专业从事民商事、矿业类法律事务,浙江泽大律师事务所专职律师。

同纠纷将A公司、沈某某及曹某某诉至当地中级人民法院，要求继续履行承包协议并赔偿经济损失；A公司及沈某某、曹某某提出反诉，要求确认承包协议终止，并要求郭某某办理移交，赔偿经济损失。2007年7月7日，法院作出一审判决，判决驳回郭某某诉请，终止承包协议，并要求郭某某办理移交，赔偿经济损失。郭某某不服，提出上诉。2007年11月21日，二审法院作出终审判决，判决驳回上诉，维持原判。至此，双方合作关系彻底破裂。之后，企业承包合同纠纷一案进入执行程序。

2008年1月8日，郭某某与A公司办理移交手续。2008年2月因发生雪灾，A公司厂房被压塌。目前，A公司无生产所需的许可证和商标，无生产经营所需的厂房、生产设备，公司也无法正常召开全体股东会及董事会，A公司陷入严重困境。

2008年1月，郭某某、村委会就公司解散纠纷一案将A公司及两第三人沈某某、曹某某诉至A公司所在基层人民法院，请求法院判令解散A公司。

一审法院经开庭审理，于2008年4月30日作出一审判决，判决解散A公司。A公司不服该判决，遂提起上诉，认为一审判决缺乏事实和法律依据，请求法院撤销原判，依法改判驳回郭某某及村委会的全部诉请。

二审法院分别于2008年6月30日、2008年8月6日两次开庭，并于2008年12月1日作出终审判决，判决驳回上诉，维持原判。

争议焦点

本案一审、二审的争议焦点均围绕A公司是否符合《公司法》第183条规定的公司解散条件而展开。

郭某某与村委会认为：(1)郭某某、村委会共计持A公司26.6%股份，诉讼主体适格。(2)A公司经营管理发生严重困难，公司的人合性荡然无存，陷入僵局。(3)A公司僵局的存续使公司股东利益受到重大损失。(4)A公司股东发生纠纷后，经当地管委会调解、两级法院诉讼，股东之间的信任重建及和解的可能性不复存在，即A公司僵局通过其他途径不能解决。故，A公司已符合公司解散的所有条件。

A公司、沈某某和曹某某则认为：(1)郭某某、村委会要求解散A公司无法律依据。目前，A公司经营管理正常，并未发生严重困难；股东之间发生的纠纷不能等同于公司陷入僵局；公司存续不会使股东利益受到重大损失；该纠纷可通过其他途径予以解决。(2)郭某某、村委会所提交的证据不

能证明A公司生产经营已经陷入困境。(3)本案郭某某系为阻止企业承包合同纠纷一案生效判决的执行，才提起本案解散公司之诉，主观上明显带有恶意，属一事二理。(4)因解散公司会涉及很多社会问题，故在司法实践中应当慎重。

审理判决

一审法院经审理认为：根据《中华人民共和国公司法》第183条规定，郭某某与村委会持有A公司26.6%的股份，即持有公司全部股东表决权百分之十以上，故具有请求解散A公司的诉权。A公司各股东因承包发生纠纷并导致诉讼，股东之间甚至发生肢体冲突，股东意见存在巨大分歧，股东矛盾不可调和，导致关系恶化，公司赖以存在的人合性根基已经丧失。由于股东之间产生矛盾，股东之间已经丧失了最起码的信任，相互合作的基础已完全破裂，且彼此不愿妥协而处于僵持状态，导致全体股东会、董事会等权力和决策机关不能正常按照法定程序作出决策，对股东的利益构成严重损害。A公司经营管理发生严重困难，已无生产经营的厂房、机器设备，无生产经营所需的商标和产品生产经营许可证书，也无相关的从业人员，股东之间又不能通过其他途径来化解分歧和解决矛盾，股东已不能从公司的存续中获取利益。到目前，公司对雪灾后厂房的重建及今后的生产经营也未能召开全体股东会及董事会进行研究和决策，股东之间对立明显，公司经营管理已发生严重困难、陷入僵局。且在案件审理期间，法庭曾两次召集A公司全体股东就股权转让等方式进行调解，以达到拯救公司的目的，但未能达成一致意见。A公司已具备解散的法定条件。郭某某与村委会诉请要求解散公司合法有据，予以支持。关于A公司、沈某某与曹某某提出原企业承包合同纠纷，已进入执行程序，郭某某与村委会提起公司解散纠纷之诉系为阻止生效判决的执行，属一事二理的辩解意见，因公司解散纠纷与原企业承包合同纠纷分属《公司法》与《合同法》调整的不同性质的法律关系，故不属一事二理，该辩解意见不予采纳。A公司、沈某某与曹某某辩解公司经营并非发生严重困难，股东利益也未受到重大损害，公司未陷入僵局，并非通过其他途径不能解决的理由不足，不予采信。故判决A公司于判决生效之日起十日内即行解散。

一审宣判后，A公司不服，遂提起上诉。二审法院经审理认为：根据《中华人民共和国公司法》第183条及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》第1条规定，郭某某与村委会持有A公

司26.6%股权,其以"开化县香香木业有限公司已无法开展正常经营活动,出现严重困难,公司名存实亡,股东利益受到重大损失,公司的存续已没有任何意义"等为由提起解散公司诉讼,符合人民法院受理股东请求解散公司诉讼案件的条件。本案中,A公司各股东为公司的经营管理和各自的权益发生了激烈的矛盾和冲突,并采取了对抗的态度,引发了多起诉讼,相互之间的合作基础已经完全破裂;诉讼后也未能从根本上解决股东之间以及股东与公司之间的矛盾,公司业务持续处于显著停顿状态,导致公司及股东可能遭受无法弥补的损失;且股东不能通过转让股权等方式退出公司以保全其利益。原审第三人沈某某、曹某某认为公司经营管理正常,系其事实上控制公司经营管理的结果,但并未由此化解股东之间的纠葛。公司僵局的持续,无疑使各股东因陷于纠纷而遭受重大损失。在本案一审、二审过程中,法院多次主持调解,各方当事人均不能达成由公司或者股东收购股份、或者以减资等方式使公司存续的一致意见。在无其他途径可解决公司僵局的情况下,郭某某与村委会作为持有公司26.6%股权的股东请求解散公司的诉讼主张有相应的事实和法律依据。原审法院根据《中华人民共和国公司法》第181条和第183条的规定,支持郭某某与村委会诉请而判决解散A公司,适用法律并无不当。故判决驳回上诉,维持原判。

经理评析

本案是一起公司股东根据《公司法》第183条之规定,请求人民法院通过司法途径解散公司的经典案例。

根据上述法条之规定,股东提起解散公司之诉应满足下列三个条件:(1)公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失;(2)通过其他途径不能解决的;(3)持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东可以请求人民法院解散公司。该法条赋予了持公司表决权百分之十以上的股东司法解散公司之权利,进而弥补了公司自治机制所固有的一些缺陷,但由于该法律条文在言语架构上存在一定的概念化和模糊性,且在其出台时并无相应的具体操作细则,故而在本案一审审理过程中,双方当事人出于各自对该法律条文不同的理解,对同一法律事实作出了不同的法律判断。因此在司法实践中,如何准确理解被申请司法解散的公司符合前述第(1)、(2)项规定之条件系处理该类案件的关键。

一、关于对"公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失"的界定

(一)对"公司经营管理发生严重困难"的理解

根据2008年5月19日开始实行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》(以下简称《规定》)第1条之规定"单独或者合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东,以下列事由之一提起解散公司诉讼,并符合公司法第183条规定的,人民法院应予受理:(一)公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会,公司经营管理发生严重困难的;(二)股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例,持续两年以上不能作出有效的股东会或者股东大会决议,公司经营管理发生严重困难的;(三)公司董事长期冲突,且无法通过股东会或者股东大会解决,公司经营管理发生严重困难的;(四)经营管理发生其他严重困难,公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。"该条文对《公司法》第183条规定的"公司经营管理发生严重困难"之情形进行了细分,纵观其所列举的情形,不难看出,公司权力决策机构的运行机制失灵是导致"公司经营管理发生严重困难"的根本原因。

在现代公司治理架构中,股东会(股东大会)是公司的最高权力决策机构,一旦该机构无法正常运行,整个公司经营管理即会陷入瘫痪。因此,判断一个公司的经营管理是否发生严重困难,关键要确定该公司股东会或股东大会的运行机制是否正常。上述《规定》第1条第(一)、(二)、(三)项即分别从公司股东会(股东大会)的召集、股东的表决、决议的形成以及董事冲突的解决等角度来列举公司权力决策机构运行机制失灵的情形,并在第(四)项作了兜底规定。

在司法实践中,相比于股份有限公司,权力决策机构运行机制失灵的情况更多地发生在有限责任公司这类经济实体中。因为有限责任公司的基本特征不仅表现为资金的联合即资合性,更体现为一种信用的联合即人合性,而此人合性即股东之间的信赖与合作关系系有限责任公司的本质特征,亦系有限责任公司得以有效运行的前提和基础。较之资合性的稳定,人合性脆弱易碎,一旦股东之间的摩擦损害了公司的人合性,往往会造成公司运作失灵,当公司运作机制的失灵无法完全在公司内部内化解决时便会出现整个公司运作瘫痪。因此,在有限责任公司中,公司人合性的丧失是造成公司权力决策机构运行机制失灵的本质因素。

当然,公司股东间发生纠纷并不能一概而论地即判定公司经营管理发生严重困难,而应结合个案事实来考量公司股东间矛盾的严重程度,只有在有充分证据证明公司的人合性已丧失(针对有限责任公司),且公司权力决策机构运作机制失灵的基础上,方可作出公司经营管理发生严重困难的判定。

本案中,A公司的股东间因企业承包合同纠纷多次发生诉讼,并进而上升到肢体冲突,股东间矛盾激烈无法调和,彼此不愿妥协而处于僵持状况,导致股东会等权力决策机构运作失灵,从而使公司无法正常运转,最终致使公司经营管理发生严重困难。

(二)对"股东利益受到重大损失"的理解

理解该问题应理清该"股东利益"的指向对象、含义以及"重大损失"的标准。

1."股东利益"的指向对象应系指少数股东利益,并非多数股东利益。

首先,从《公司法》第183条中对表决权的规定可以看出,其立法初衷系为保护少数股东利益。

其次,如果是多数股东利益,则一旦其利益受损,多数股东完全可以凭借其所占公司的表决权优势,作出符合其自身利益的股东会决议,根本无需司法介入。本案A公司的两位股东沈某某、曹某某即系利用其占公司表决权多数的优势地位维护其利益。

第三,少数股东利益受损通过司法程序解散公司,并不违背公司自治原则及多数股东利益。正是由于公司多数股东滥用其优势地位在先,公司自治机制已无法内部解决,故有必要让司法机关介入。况且,《公司法》第183条也为防止少数股东滥用诉权作了限制性规定。

2."股东利益"应系指《公司法》第4条规定的股东享有的资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

3."重大损失"的判断标准,可以参照《公司法》第4条、第75条、第143条等规定,如果少数股东享有的上述股东利益受阻,则为重大损失。

本案中,A公司股东间因丧失人合性,致使公司权力决策机构运转失灵,少数股东即郭某某无法正常行使参与公司重大决策等股东权利,进而引发公司丧失了生产经营所必需的厂房、机器设备、商标、生产许可证、从业人员等,公司经营管理陷入严重困难,最终导致公司资产不断减少,全体股东利益受损。

二、关于对"通过其他途径不能解决"的理解

立法者出于防止股东滥用司法解散公司权利考虑，在《公司法》第183条中通过设置"通过其他途径不能解决"这一规定对股东行使该权利的条件做了进一步的限定。享有诉权的股东在提起解散公司之诉前应穷尽所有可能解决公司经营严重困难局面的途径。只有当无法协商解决，或股东退股机制无法奏效时，才能要求司法解散公司。即在司法实务中，基于公司自治的理念，司法机关一般不宜过多介人公司内部事务，如公司股东各方事先并未设法通过其他途径解决纠纷，就直接诉讼至法院要求强制解散公司，其诉讼请求通常不会得到支持，即司法解散公司实为保护少数股东权益的最后一道屏障。

该"其他途径"在司法实践中主要包括下列几种情形：

（一）通过公司回购异议股东股权的途径

《公司法》第75条赋予了异议股东请求公司收购其股权的权利，这为股东退出公司提供了便利，既保证了异议股东的权利，又维持了公司的存续，是对多方利益的一个协调。

（二）通过转让股权的途径

《公司法》赋予公司股东相互间转让股权以及对外转让股权的权利，故利益受损股东可以通过转让股权的途径以达到退出公司之目的。如此一来，公司的存续便不受影响。

（三）通过对公司董事或高级管理人员进行诉讼赔偿的途径

如"公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失"系因董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定所致，则股东可依据《公司法》第153条对董事、高级管理人员提起诉讼，请求赔偿。此时，个别股东利益受损可转化为股东与董事、高级管理人员之间的纠纷，亦不会影响到公司的存续。

（四）通过中介、行政或司法组织机构协调、调解、仲裁等途径

只有在穷尽以上三种途径依然不能解决问题的情况下，股东才可以请求人民法院解散公司，这有利于最大限度地维持公司的存续，从而维护交易安全和社会经济秩序的稳定。

在本则案例中，A公司股东间的摩擦导致了公司运作的停滞，两个大股东沈某某、曹某某利用其自身优势条件架空了郭某某的股东地位。为解决三方不断激化的矛盾，以维持公司正常运转，三人经过多番协商、调解直

至最后法院的介入，但仍无法就股权转让等问题达成一致，即在穷尽所有途径都无法解决的情况下，公司少数股东即郭某某及村委会才提出解散公司之诉。

综上所述，本案A公司经营管理状况发生严重困难，人合性丧失，其存续只会进一步导致股东利益遭受更大损失，且通过其他途径已无法解决上述困境，因此法院判决A公司解散是符合立法原意的判决，保护了公司少数股东的合法权益。

证券公司是否应对客户股票灭失承担赔偿责任

娄建江*

案情简介

杭州某公司于1993年在某证券公司营业部开立STAQ系统法人股账户，购买包括海航在内的股票，营业部出具了资金卡。之后杭州某公司在营业部多次交易。至1997年1月20日，上海证券中央登记结算公司出具的股东账户凭证联记载"杭州某公司，股票代码001010，股票名称海航，股票余额24000股"。之后，杭州某公司未再对股票进行交易。

1998年3月，国务院开始清理整顿场外非法股票交易，清理整顿STAQ系统。1998年6月20日，海航公司发布公告称其于1998年6月26日正式从STAQ系统撤牌。1998年6月25日，海航公司发布公告称其将以STAQ系统提供的股东名册持股数量为准，托管于上海中央登记结算公司，公司股份托管后，投资者继续享有股东权益。1998年7月及1999年9月，海航公司相继发布公告，通知在册的STAQ系统法人股投资者持相关凭证办理确权登记手续。

1997年1月16日，海航公司与海南省证券交易中心签订股份登记管理协议书，约定由海南省证券交易中心负责其证券的股份确认托管、交易等服务。2003年10月20日，海南省经济贸易厅发文由海南证华非上市公司股权登记服务有限公司(下称证华公司)承接海南省证券交易中心业务。

2008年3月5日，杭州某公司根据海航公司公告，委托律师事务所就持有的海航股票到海航公司进行确权登记，但经证华公司查询，杭州某公司就海航STAQ法人股持有股票数为零。证华公司出具了查询结果，证明杭州某公司持有的海航STAQ法人股数量为零。

---

* 娄建江，男，浙江大学法律硕士，专业从事建筑房地产及公司法律业务，浙江浙元律师事务所专职律师。

杭州某公司要求营业部提供交易记录，营业部称其不能提供。杭州某公司与营业部就股票灭失责任问题协商不成，杭州某公司起诉至法院，要求营业部及证券公司共同赔偿原告因股票灭失产生的损失。

争议焦点

1. 证华公司出具的查询结果证明是否可以证明原告持有的海航STAQ系统法人股已经灭失？

2. 如果股票灭失，是否系原告未及时办理股权确认登记所致？

3. 本案起诉是否已经超过诉讼时效？

审理判决

法院经审理认为：

1. 证华公司系一合法从事海南非上市公司股权确认登记服务的公司，被告虽提出质证异议，但未提交相反证据予以反驳，故对证华公司出具的查询结果予以认可。根据证监会有关文件，被告应将交易业务数据定期、完整、真实、准确地转储到不可更改的介质上，并要求集中和异地保存，保存期限至少20年。营业部未能提供证据证明交易数据或海航股票灭失的原因在原告，被告应对此承担举证不能的责任，应认定被告对交易数据未尽妥善保管义务，对原告的股票灭失应承担赔偿责任。

2. 虽然原告未及时办理股票确权手续欠妥，但这并不影响原告作为出资者的权利，不导致股票必然灭失的后果，股票的灭失与出资者未办理确权手续并无直接关联。

3. 诉讼时效期间应从知道或者应当知道权利被侵害时起算，而原告在2008年3月经查询才得知其所持STAQ系统海航股票灭失，故诉讼时效应从原告查询当日开始计算，并未超过2年。国家于1998年对STAQ系统的清理整顿，并未剥夺STAQ系统股票持有者作为投资者的权利，故原告在1998年其作为投资者的权利并未收受损害，诉讼时效不应该从那时起算。

综上，依照《中华人民共和国合同法》第60条、第107条之规定，判决被告赔偿原告200000元。

经典评析

这是一起比较特殊的案件，涉及证券市场的历史遗留问题，同时也涉及证券公司股票交易数据丢失的问题。本案原告委托笔者对本案进行了前期

调查和代理诉讼，经查阅大量的资料和仔细研究后，原告决定起诉证券公司，要求证券公司赔偿。最后法院支持了原告的请求。现就本案中涉及的几个问题评析如下。

一、证华公司的查询记录可以证明原告所持海航STAQ系统法人股灭失

（一）证华公司出具的查询证明书合法有效

根据原告提供的海航公司与海南省证券交易中心的协议书规定，以及海南省经济贸易厅的文件，证华公司提供的服务内容包括股份确认托管、交易及非交易过户、分红派息、配股、挂失补发、抵押回购等股份登记及账户管理服务。所以证华公司有权对原告所持海航股份进行确认，其出具的查询结果证明书是合法有效的。《关于民事诉讼证据的若干规定》第70条规定，原告在提供上述证据后，若被告提出异议但没有足以反驳的相反证据的，原告提供的证据应当被确认有证明力。所以对原告提交的查询结果证明书，在被告未提供相反证据的情况下，应确认其证明力。

（二）被告未就原告的海航法人股未灭失原因提供证据，应承担举证不能的责任

在本案中，能够提供原告在1997年1月20日至1998年6月26日海航从STAQ系统退市时的交易记录的，既非原告，也不是海航，而是被告。被告作为与原告存在委托代理关系的受托人，是原告惟一可以要求提供交易记录的对象。至于被告提出的原告应要求STAQ系统运营商提供交易记录，这是被告混淆了不同的法律关系，原告只与被告存在委托代理关系，而与STAQ系统之间不存在任何法律关系，倒是被告是STAQ系统的会员单位，被告可以要求STAQ系统运营商提供交易记录。

根据证监会1998年3月5日施行的《证券经营机构营业部信息系统技术管理规范(试行)》第5、1、6条第(2)项之规定，被告应对交易业务数据定期、完整、真实、准确地转储到不可更改的介质上，并要求集中和异地保存，保存期限至少20年。《证券法》第147条规定，“证券公司应当妥善保存客户开户资料、委托记录、交易记录和内部管理、业务经营有关的各项资料，任何人不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。上述资料的保存期限不得少于二十年。”根据上述规定，保存原告的委托记录、交易记录是被告的法定义务，期限为20年。

同时，基于原、被告之间的委托关系，根据《合同法》第401条的规定，受托人(被告)应当按照委托人(原告)的要求，报告委托事务的处理情况；委托

合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果。对代理股票买卖而言，被告需要向原告报告委托事务的处理情况，主要就是向原告提供股票交易记录。

在未经原告授权交易，造成原告所持股票灭失的情况下，被告应当提供1997年1月20日至1998年6月26日之间的交易记录而未提供，原告认为该交易记录是不利于被告的。根据《关于民事诉讼证据的若干规定》第75条规定，原告主张原告持有的海航法人股股票灭失的原因系被告造成的主张应予以推定成立。

二、原告未及时办理股权确认登记不会导致股票灭失

首先，原告是否持有STAQ系统法人股与原告是否去办理过股权确认登记没有任何关系。原告持有海航法人股是通过交易取得的，是受法律保护的。只要海航公司存续，原告持有的股票就一直是存在的，不会因原告未及时办理股权确认登记而灭失。同时在原告向海航办理股权确认登记手续时，查询到尚有很多单位的法人股未办理确认登记手续，但是这些股票都是存在的，不会因为未及时办理而灭失。

其次，原告所持海航法人股灭失的时间是在1998年6月26日之前，而不在原告办理股权确认登记期间。理由是根据证华公司的查询，原告在海航从STAQ系统退市时已经不再持有海航股票。所以，原告持有的海航法人股股票灭失的期间为1997年1月20日至1998年6月26日，而这一段时间能够提供证据证明股票如何灭失的，惟一的对象就是被告。

再次，从被告提交的证据“关于原STAQ系统海航法人股处理方案报告”可以证明，逾期未办理确认手续的STAQ系统投资者仍可随时办理确认手续。所以原告的股票不会因不及时办理而导致股票灭失。

另外，原告已经为未及时办理股权确认登记承担了损失。在海航法人股开始确认登记后，海航已经对经确认的股票多次分红、派息和配股，因原告未及时办理确认登记，所以原告自己承担了该部分损失，并未要求被告赔偿。

三、原告的起诉未过诉讼时效

《民法通则》第137条规定，诉讼时效从知道或应当知道权利被侵害时起计算。被告认为应从海航从STAQ系统退市时开始计算本案诉讼时效，原告认为被告的这种观点是与法律和事实不符的。

在原告1997年1月20日在被告处确认尚有24000股海航法人股之

后，只有原告再次对海航股票进行交易或者去进行股权确认登记时，才会知道海航股票是否灭失。所以在原告向海南证华办理股权确认登记手续之前(2008 年 3 月 5 日)，原告根本不知道也不应该知道自己的股票已经灭失。所以原告认为本案的诉讼时效应自 2008 年 3 月 5 日开始计算。同时原告未及时去办理股权确认登记手续，是原告对自己权利的处分时间的决定，不涉及本案诉讼时效的开始计算的问题。

诉讼与协商并举，快速解决纠纷的又一途径

——关于某股权转让纠纷案的评析

金迎春　王　军*

案情简介

原告：A（自然人）

被告：B（自然人）

2007 年 9 月 15 日，A 与 B 双方就浙江某房地产开发有限公司（以下简称"C 房地产公司"）股权转让事宜签署了《股权转让框架协议》。

协议约定：一、B 作为 C 房地产公司一方股东并持有该房地产公司 53.57%的股权，负责受让 C 房地产公司 100%股权（既与 C 房地产公司另一股东 W 市某建设开发有限公司签署 C 房地产公司 46.43%的股权转让协议和其他法律文书），B 在收到 A 支付的 10000 万元股权转让款后，应负责在 2007 年 10 月 15 日前，完成 C 房地产公司的增资（注册资本由 2800 万元增加至 10000 万元）。二、C 房地产公司增资完成，且 B（含 B 指定的第三方）持有 C 房地产公司 100%股权后，B（含 B 指定的第三方）应将 C 房地产公司 100%股权转让给 A（含 A 指定的第三方）。三、股权转让价格按增资后 C 房地产公司注册资本 1∶1 确定，股权转让款为人民币 10000 万元。

协议还约定，B 应当在 2007 年 10 月 31 日前，将 C 房地产公司营业执照、组织机构代码证、税务登记证、开户许可证、公司公章、财务专用章、法定代表人印鉴章、合同专用章以及公司财务会计资料、对外签署的各类合同原件、政府部门对该项目颁发的各类证照、许可文件等交给 A。B 收到 A 支付

* 金迎春，女，民商法学硕士，擅长企业投融资、公司并购、资产重组、房地产开发、金融信托产品等法律服务，浙江天屹律师事务所专职律师。

王军，男，法学学士学位，参与多起企业并购、股权转让、建筑工程、房地产开发等项目法律服务，浙江天屹律师事务所专职律师。

的 10000 万元款项并完成 C 房地产公司增资后，应积极配合 A 进驻 C 房地产公司，协助 A 取得 C 房地产公司的实际控制权。

如协议签署生效后，B 未能按照约定取得 C 房地产公司 46.43% 的股权，或拒绝向 A 转让 C 房地产公司 100% 的股权，则 B 应在三天内归还 A 已支付的所有款项，并按 A 已付款总额向 A 支付违约金。

协议生效后，A 依约于 2007 年 9 月 25 日前分三次将人民币 10000 万元股权转让款足额支付给了 B。但此后，双方因股权转让条件不成熟、C 房地产公司房地产项目延期、补缴土地出让金、财务会计资料及公章转移、股权质押协议签署等股权转让事宜发生了纠纷。双方多次协商无果。

争议焦点

原告 A、被告 B 是否按《C 房地产公司股权转让框架协议》履行了约定义务。

原告 A 认为，其已依约履行了股权转让的付款义务，被告方仅移交了部分文件，未按约提供合同所规定的财务会计资料及公章，亦未配合原告方签署股权质押协议，更未协助原告方取得 C 房地产公司的实际控制权。

被告 B 认为，原告方已取得 C 房地产公司的控制权，原被告双方未签署股权质押、未移交财务会计资料及公章是由原告方原因造成的。

审理判决

2008 年 1 月 23 日，在天屹律师采取多种有效措施后，原被告双方达成《和解协议》，被告 B 于 2008 年 2 月 4 日(立春)前返还原告 A 共 1.03 亿元股权转让金，并支付资金使用费人民币 1200 万元。被告 B 在提供担保并支付大部分金额的前提下，原告 A 向法院申请撤回起诉，法院依法裁定撤诉，整个案件得到了圆满解决。

经典评析

一、针对本案涉及金额大，诉讼程序较为复杂、特殊的特点，采取协商为主、诉讼为辅的策略，并及时与当事人沟通、建议

天屹律师作为原告律师代理了此案。由于本案涉及的金额高达亿元，管辖法院级别高。原告向 Z 省高级人民法院起诉，省高院将案件受理后移交给 H 市中级人民法院审理。本案的诉讼程序较为特殊、复杂，在向省高院提起诉讼之前，原告 A 已委托别的律师事务所律师与 B 展开多次协商、

谈判,但陷入困境。在多次协商谈判未果之后,原告A委托天屹律师代理此案。

接受委托后,天屹律师主动与委托人沟通,争取诉权上的主动。为了能更进一步了解案情的背景、进展情况,主动与委托人A作了细致的沟通,取得当事人的信任和理解。对案情的诉讼策略及存在的风险也与当事人进行了说明和告知。向当事人分析如果简单走诉讼途径,时间、诉讼成本较大,资金占用时间长,当事人权衡利弊后,同意天屹律师采取诉讼与协商并举的策略与办法。天屹律师调整原来的思路,再次展开调解协商工作,并以诉讼为保障,力争把所有问题一揽子解决,实现双方的共赢。

二、针对存在的困难,原告律师采取了多种有效措施,促使双方达成和解协议

1. 利用律师角色,加强与双方当事人的沟通联系。一方面,主动与委托人A沟通,争取诉权上的主动。另一方面,在委托人A的授权下,主动与对方当事人B联系和沟通。在收到H市中级人民法院《立案通知书》后,通过与委托人协商,建议将《立案通知书》的情况及时反馈给对方,为后续的调解协调起到铺路搭桥的作用。

2. 充分利用诉讼技巧,灵活运用协商为主、诉讼为辅两手并举的策略。本案在H市中院立案之后,被告B通过第三方表达了愿意调解的意向,天屹律师与委托人A综合考虑了各方面的因素,也将调解设为首选方案。天屹律师抓住这一契机,先后组织双方进行了多次谈判,但一直没有达成和解协议。在此情况下,天屹律师着手准备向法院提出《财产保全申请》,并前往工商部门核查了对方公司的工商档案登记情况,为采取诉讼方案作准备,同时也将该信息主动传达给B。事后证实,也正是我方采取了上述的诉讼技巧,给对方施加了很大的压力,迫使对方重回到我方协商、调解的良性渠道中来。

3. 抓住谈判重点,促成和解协议的顺利签署。通过天屹律师协调组织的多次谈判,双方对赔偿方案都不予让步,但在由C房地产公司(即B控股的公司)为支付赔偿金提供担保问题上达成了初步共识。在此基础上,原告律师又与委托方对上述情况进行了综合分析,将下次谈判的重点放在赔偿金额及支付方式上,初步确定了和解协议的内容,并将该协议草案及时反馈给B。此时一场百年不遇的大雪降临,农历春节越来越近,天屹律师不断地与B方面进行电话联系及约谈,晓明存在的利害关系,催促对方在不伤和

气、实现共赢的前提下，尽快签署和解协议。通过天屹律师的努力，最终A、B双方签署了和解协议，B分几次将协议约定的款项划到指定的账户，我方也于2008年农历大年三十前向H市中级人民法院提出了撤诉申请，使整个案件得到了圆满解决。

三、办案体会

尽管此案涉及金额较大、案情错综复杂，但经过艰苦的努力，取得了令当事人双方都满意的结果，天屹律师感受颇深：

1. 始终坚持解决纠纷是根本（目的），诉讼与协商是途径（手段），不为诉讼而诉讼。

凡事和为贵，诉讼未必是解决所有纠纷的最佳途径。律师也可以根据案件类别、特点，正确引导、建议当事人合理选择纠纷解决方式，在协商、仲裁、调解、诉讼等多种解决矛盾的方式中为委托人选择最佳方法。与诉讼相比，有效运用协商等非诉方式解决纠纷，不仅是一种更高效、更经济的解决方式，而且有利于矛盾的最终解决。原告律师根据本案特点，选择了协商为主、诉讼为辅的策略，不仅达到了解决纠纷的目的，而且经实践证明也是一条更高效、更经济的解决途径，既为当事人节约了大量的时间、金钱成本，也为当事人在不伤和气的情况下化解了双方的矛盾。

2. 充分运用诉讼与协商并举的策略与办法，是快速解决纠纷的捷径。

如果简单采取协商谈判的单一方式，本案还会像以前一样，双方协商谈判再次陷入困境。如果简单采取单一的诉讼方式，因本案涉及金额大，诉讼程序较为复杂、特殊，诉讼期限较长，资金占用时间长，诉讼成本费用较高，即使一审胜诉如对方再提起上诉，人民币1个亿的资金占用时间可能长达一两年，时间拖得越长，商业、道德风险较大（对方可能转移财产等）。即使法院判了，也难以执行，更难以"真正"化解双方纠纷，反而使双方结怨更深，增加了更多的潜在社会矛盾，甚至给社会和谐埋下隐患。针对本案特点（该案涉及金额大，诉讼程序较为复杂、特殊，又临近年关，时间紧迫），坚持诉讼与协商并举，协商为主、诉讼为辅的策略与办法，促使双方在农历过年前握手言和，并达成和解协议，最终在不伤和气的情况下解决了双方之间的纠纷，原告A被占用的巨额资金快速到账，并获得了较高的补偿，取得了令双方都满意的结果。

3. 采取协商为主、诉讼为辅的策略，必须掌握恰当、适时运用诉讼的技巧。

在办理本案过程中，天屹律师始终坚持协商为主、诉讼为辅的策略，处处以事实说话，以道理服人，时刻掌握着协商谈判的主动权。同时，在协商陷入困境时，适时运用诉讼技巧，并把相关信息主动传达给对方，给对方以压力。抓住“春节过年”这个特殊时间点，一方面显示出我方协商、谈判的诚意，另一方面也使我方“进可攻、退可守”，回旋余地较大。总之，在协商谈判特别是协商谈判陷入困境时，恰当适时运用诉讼不失为加快谈判进程、快速解决纠纷的又一途径选择。

劳动与社会保障篇

根据日常经验,还原事实真相

——浙江某通信有限公司诉金某劳动争议纠纷案评析

李　明*

案情简介

金某于2000年9月1日进入浙江某通信有限公司工作,担任客服部经理一职,双方签订劳动合同。2002年1月至2007年7月期间,金某为其所在的客服部门职工制作工资表。2000年9月1日起至2005年9月,浙江某通信有限公司未为金某缴纳失业保险费。2005年10月1日,浙江某通信有限公司开始为金某缴纳社会保险费至2008年3月止。

2008年3月31日,浙江某通信有限公司与金某签订解除劳动合同协议书,约定解除劳动合同日为2008年3月31日,浙江某通信有限公司支付金某经济补偿金25217元。金某于2008年4月开始在另一家公司工作,与该公司签订了三年的劳动合同,由该公司为其缴纳社会保险。

2008年5月7日,金某向劳动争议仲裁委员会提起仲裁,述称金某于2000年9月进入浙江某通信有限公司工作至2008年3月31日,浙江某通信有限公司于2005年10月才为其缴纳失业保险,导致其失业保险待遇受到损失,要求浙江某通信有限公司双倍赔偿失业保险待遇损失10880元。浙江某通信有限公司辩称,首先,浙江某通信有限公司于2005年10月开始为全体职工缴纳失业保险,金某从其工资明细中完全可以得知失业保险缴纳情况,但金某现提出仲裁请求,已超过仲裁时效。其次,金某并非失业人员,且浙江某通信有限公司只是少缴失业保险并非未缴纳,故金某没有要求赔偿失业保险待遇损失的权利。第三,金某与浙江某通信有限公司签订解

* 李明,男,毕业于中南政法学院(现为中南财经政法大学),英国曼彻斯特大学访问学者,专业从事建筑房地产、人力资源管理、合同纠纷、公司事务,浙江君安世纪律师事务所专职律师。

除劳动合同协议书，浙江某通信有限公司已依约支付经济补偿金 25217 元，双方无其他争议，故金某早已放弃了要求浙江某通信有限公司赔偿失业保险待遇损失的权利。

2008 年 6 月 5 日，劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决。劳动争议仲裁委员会认为，金某于 2000 年 9 月进入浙江某通信有限公司，2008 年 3 月 31 日解除劳动合同。根据《浙江省失业保险条例》第 23 条规定，金某可领取 12 个月失业保险金，但浙江某通信有限公司于 2005 年 10 月 1 日起为金某缴纳失业保险，据其缴费年限金某只可领取 4 个月失业保险金。根据《浙江省失业保险条例》第 47 条规定，浙江某通信有限公司应当按照金某失业保险待遇损失总额的二倍给予赔偿，故金某提出的要求浙江某通信有限公司双倍赔偿失业保险待遇损失 10880 元的请求本委予以支持。裁决浙江某通信有限公司向金某支付失业保险待遇损失 10880 元。

浙江某通信有限公司不服仲裁裁决，依法提起诉讼。浙江某通信有限公司认为金某在与浙江某通信有限公司解除劳动关系后已重新就业，并没有失业，不享有领取失业保险金的权利。再者，金某所主张的失业保险待遇损失至今没有实际发生，并且也不确定，其要求支付失业保险待遇损失缺乏依据。金某所主张的失业保险待遇损失的时间是在 2000 年 9 月至 2005 年 9 月，而浙江某通信有限公司发给金某的工资中有明确的各种工资项目如缴费工资、浮动工资等，金某为所在部门职工制作工资表长达 65 个月，理应知道自己失业保险的缴纳情况，对于自己从 2005 年 10 月才缴纳失业保险是明知的，也是认可的。因此，金某认为浙江某通信有限公司没有为其缴纳失业保险，应该在 2002 年 1 月就已经知道自己的权利受到侵害，金某迟至 2008 年 5 月 6 日提起仲裁，已超过仲裁时效。《浙江省失业保险条例》第 47 条对本案不适用。《浙江省失业保险条例》于 2004 年 1 月 1 日起施行，对于 2004 年 1 月 1 日以前发生的行为不适用。浙江某通信有限公司请求法院判决不支付失业保险待遇损失 10880 元。浙江某通信有限公司向法院提供了在 2002 年 1 月至 2007 年 7 月期间，由金某为所在部门员工制作的 65 个月的工资表 65 张。

争议焦点

1. 金某是否享有领取失业保险金的权利。

金某认为劳动合同期间，浙江某通信有限公司没有为金某缴纳失业保险 5 年 1 个月，导致金某失去今后失业后长达 8 个月失业金待遇享受的

权利。

浙江某通信有限公司认为金某在与公司解除劳动关系后，重新就业，不是失业人员，不享有领取失业保险金的权利。

2.金某的仲裁请求有没有超过仲裁时效。

金某认为从2000年9月起至2008年3月31日止在浙江某通信有限公司工作期间，浙江某通信有限公司发放金某工资时，从未提供当月工资明细账单。金某是在2008年3月与浙江某通信有限公司提前解除劳动合同时，才通过人事部门了解到2000年9月1日起至2005年9月30日未缴纳失业保险这一事实。虽然当时浙江某通信有限公司曾提出可通过企业补缴，但由于时间间隔太长，无法补缴，金某才提起仲裁，其仲裁请求没有超过仲裁时效。

浙江某通信有限公司认为2002年1月至2007年7月期间，金某为其所在的客服部门职工制作工资表，其中62个月是制表，3个月是复核。金某对于自己从2005年10月开始缴纳失业保险是明知的，也是认可的。金某在2008年5月申请仲裁，已超过仲裁时效。

审理判决

一审法院经过审理认为：关于失业保险待遇的享受条件和申领程序，根据《浙江省失业保险条例》的规定，同时具备下列条件的失业人员，可以按规定享受失业保险待遇：(1)用人单位和本人已按照规定履行缴费义务满一年的；(2)非因本人原因中断就业的；(3)已依法定程序办理失业登记的；(4)有求职要求，愿意接受职业培训、职业介绍的。条例同时规定了失业人员停止享受失业保险待遇的有关情形，其中一条为劳动者重新就业。本案金某与浙江某通信有限公司双方解除劳动关系之后，金某没有失业而是重新就业，其在举证期限内未能提供相应的证据证明其主张的失业保险待遇损失已经实际发生，故其要求浙江某通信有限公司双倍赔偿其失业保险待遇损失10880元缺乏依据。且在2002年1月至2007年7月期间，金某为所在部门的职工制作工资表，按其认知水平也应当知道浙江某通信有限公司没有为其缴纳失业保险费，其本人也没有履行缴费义务，但金某没有要求浙江某通信有限公司为其补缴失业保险费或者在仲裁时效内主张自己的权利。因此，浙江某通信有限公司诉称金某要求其双倍赔偿失业保险待遇损失10880元的请求缺乏依据及本案已过时效理由成立。金某以浙江某通信有限公司没有为其缴纳失业保险费5年零1个月，主张浙江某通信有限公司

双倍赔偿其保险待遇损失请求缺乏依据，本院不予采纳。一审法院判决浙江某通信有限公司不予支付金某失业保险待遇损失。

二审法院经过审理认为：《浙江省失业保险条例》第13条规定："企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、城镇个体工商户，按照本单位全部职工工资总额的百分之二缴纳失业保险费。"第47条规定："因用人单位不按照规定参加失业保险、不按照规定缴纳失业保险费等原因，造成失业人员不能按照规定享受失业保险待遇、农民合同制职工不能按照规定享受一次性生活补助的，用人单位应当按照其失业保险待遇损失或者一次性生活补助损失总额的二倍给予赔偿。"但同时该条例第21条规定："同时具备下列条件的失业人员，按照本条例规定领取失业保险金，并享受其他失业保险待遇：（一）用人单位和本人已按照规定履行缴费义务满一年的；（二）非因本人意愿中断就业的；（三）已依法定程序办理失业登记的；（四）有求职要求，愿意接受职业培训、职业介绍的。"本案中，浙江某通信有限公司对与金某签订过劳动合同及2005年9月30日以前未为金某缴纳过失业保险费没有异议。但金某在2005年3月31日与浙江某通信有限公司解除劳动合同后，随即与另一家公司签订为期3年的劳动合同，并已实际在该公司工作。因此，金某在与浙江某通信有限公司解除劳动合同关系后，并没有导致其失业。同时，根据上述条例第21条的规定，其并没有中断就业，也不具备享受失业保险待遇的条件。金某认为由于浙江某通信有限公司在5年1个月的时间内未为其缴纳失业保险费，根据《浙江省失业保险条例》第23条的规定，会影响其以后长达8个月的失业金待遇享受的权利一节，因金某目前在继续就业，作为新的用人单位应继续为其缴纳失业保险费。而《浙江省失业保险条例》第23条规定的"每满8个月增发一个月失业保险金"，也是有限制的，享受该待遇的期限最长不能超过24个月。因此，浙江某通信有限公司在2000年9月1日起至2005年9月30日止未为金某缴纳失业保险费是否会影响其享受失业金待遇及影响多少无法确定，故金某要求浙江某通信有限公司支付其10880元的经济补偿，本院不予支持。关于金某提出的劳动仲裁请求未超过时效的上诉理由，经审查，根据浙江某通信有限公司在一审和二审期间提供的证据材料，能够证明金某在2005年就知道浙江某通信有限公司未为其缴纳失业保险的情况。而根据《劳动法》第82条的规定，当时提起劳动仲裁的时效为自劳动争议发生之日起60日内，而金某于2008年5月7日才向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，显然超过上述期限。因此，原审法院的认定并无不当。综上所述，原审法院对本案的事实认定清

楚，适用法律得当。最后，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

经典评析

本案涉及的是失业保险问题。保险是对客观存在的未来风险进行转移，把不确定性损失转变为确定性成本（保费），是风险管理的有效手段之一。保险提供的补偿以损失发生为前提，补偿金额以损失价值为上限，所以不存在通过保险获利的可能。究其本质，保险是面临风险的人们通过保险人组织起来，从而使个人风险得以转移、分散，由保险人组织保险基金，集中承担。若被保险人发生损失，则可以从保险基金中获得补偿。换句话说，一人损失，大家分摊，即"人人为我，我为人人"。失业保险也属于保险的范畴。

一、金某主张的失业保险待遇损失 10880 元是否确定，是否实际发生

根据《浙江省失业保险条例》第 21 条规定："同时具备下列条件的失业人员，按照本条例规定领取失业保险金，并享受其他失业保险待遇：(一)用人单位和本人已按照规定履行缴费义务满一年的；(二)非因本人意愿中断就业的；(三)已依法定程序办理失业登记的；(四)有求职要求，愿意接受职业培训、职业介绍的。"第 30 条规定："失业人员应当自终止或者解除劳动关系之日起六十日内，持用人单位出具的终止或者解除劳动关系的证明，到当地经办机构办理失业登记，经办机构应当在七日内予以审核，并从核准的次月起开始发放失业保险金。失业人员办理失业登记后，应当参加职业培训，开展求职活动，并按月到经办机构接受失业状态确认和就业指导。"第 31 条规定："失业人员领取失业保险金，须凭经办机构开具的单证，到指定银行按月领取。"

同时，第 35 条规定："失业人员在享受待遇期限内，有下列情形之一的，停止享受失业保险待遇：(一)享受基本养老保险待遇的；(二)重新就业的；(三)应征服兵役的；(四)移居境外的；(五)被判刑收监执行或者被劳动教养的；(六)有法律、行政法规规定的其他情形的。失业人员在享受待遇期限内，重新就业的，停止享受失业保险待遇。"

这说明失业保险针对的是失业人员，而在享受失业保险待遇过程中，一旦重新就业，则要停止享受失业保险待遇，使得失业保险真正针对那些确实处于失业状态中的失业人员。

本案中，金某在与浙江某通信有限公司解除劳动关系后，重新就业，并没有失业，由新的公司缴纳社会保险。由于失业保险规定缴费时间一年以

上的，一年以上的部分，每满八个月增发一个月失业保险金，余数超过四个月不满八个月的，按照八个月计算，但享受待遇期限最长不超过二十四个月。如果金某持续就业，会弥补该期限。浙江某通信有限公司在 2000 年 9 月 1 日起至 2005 年 9 月 30 日止未为金某缴纳失业保险费是否会影响其享受失业金待遇及影响多少无法确定，因此，金某所谓的失业保险待遇损失到目前为止不能确定，也没有实际发生。

二、金某的仲裁请求有无超过仲裁时效

从常理上讲，劳动者本人是否参加了社会保险、参保险种及标准等，只要到单位问一下，都可以了解清楚。劳动者也可以到杭州市社会保险大楼办事大厅通过触摸屏，输入自己的身份证号码就能知道得一清二楚。但在仲裁及诉讼过程中，金某全部隐瞒了知道自己失业保险缴纳情况这一事实，坚持说直到解除劳动关系时才知道。浙江某通信有限公司提供了 2002 年 1 月至 2007 年 7 月期间，由金某为所在部门员工制作的 65 个月的工资表 65 张，其中 62 个月是制表，3 个月是复核。从这些工资表中可以看出，有的月份，没有一个人缴纳失业保险，如 2002 年 1 月、3 月、6 月、7 月、8 月、11 月，2003 年 1 月 31 日、3 月、10 月、12 月，2004 年 1 月，一共 11 个月的工资表里都没有失业保险这一个栏目。2003 年 7 月、8 月、9 月这 3 个月，虽然有失业保险这一栏目，但一分钱也没有缴纳。有的月份，有的人缴纳失业保险，有的人不缴纳失业保险，如 2002 年 2 月、4 月、5 月、10 月等 51 个月。有的月份又存在补缴，如 2002 年 9 月，缴纳失业保险 139.08 元；2003 年 4 月，缴纳失业保险 173.52 元；2003 年 5 月、6 月，缴纳失业保险 115.68 元。有的人，一段时间缴纳失业保险，一段时间又不缴纳失业保险，有的人在停缴以后，又开始缴纳，如秦某、童某、于某、沈某等。这些都说明在浙江某通信有限公司，对于失业保险的缴纳，存在着很大的不确定性。从一般人的认知水平来看，对于失业保险问题存在着如此大的不确定性，作为一个正常人，是不是应该问一下自己的失业保险有没有缴？相反，如果不问，那倒奇怪了。并且，金某担任客服部经理，作为工资表的制作人，应该比一般员工更加了解失业保险的缴纳情况。这 65 张工资表，虽然不是金某自己的工资表，但金某是工资表的制作人，又制作了这么长的时间，一审法院根据日常经验法则得出结论：根据金某的认知水平，应该知道自己失业保险的缴纳情况。

在二审诉讼过程中，浙江某通信有限公司又提供了一张有金某签字金

某本人的工资表，工资表中明确有工资的各种项目如缴费工资、浮动工资、误餐贴、差旅补贴、加班补贴等应发款项以及养老金、公积金、医疗费、个调税、失业保险、其他等应扣款项。工资表中明确写明了失业保险这个项目，但是却没有扣款，表明没有缴纳失业保险。在二审庭审中，对于这个证据，金某质证认为对真实性没有异议，但是提出来当时签字时，单位将工资条折叠，不让她看工资的项目，也不知道失业保险有无缴纳。浙江某通信有限公司当庭提交工资单原件，让金某核对有无折痕。金某说凭肉眼无法识别。至此，金某是否知道其失业保险的缴纳情况，以及其仲裁时效是否超过仲裁时效，已一目了然。二审法院根据日常经验法则以及金某签字的工资表，能够证明金某早在 2005 年就知道自己失业保险的缴纳情况，因此，金某的仲裁请求已超过仲裁时效。

总经理是否严重违规？

——从一起劳动合同纠纷案看规章制度的制定和运用

邱 坤*

案情简介

何某系日籍人士，因曾有酒店高管从业经历，于2007年1月初被杭州某度假酒店有限公司（以下简称“公司”）聘任为总经理职务，双方签订《雇佣合同》，期限24个月。合同约定何某的工作内容是“在董事会授权下全面主持酒店的经营管理工作，完成董事会下达的各项经营指标和工作目标，接受董事会的考核、监督和指导”。何某的薪酬为月工资人民币6万元整。合同还约定：“合同期内，经董事会考核，如果雇员不胜任聘用岗位，董事会有权解除聘用合同但应提前两个月以书面形式通知雇员而无需支付任何补偿。”同时，何某还签署了《接受确认书》，承诺“愿意遵守酒店的规章制度，有关的合同条款及《员工手册》的有关规定。将来的人事政策制度变化或修改都将成为此雇佣合同不可分割的一部分”。

合同履行过程中，何某作为公司总经理，曾违反公司规定指令员工将酒店的高档酒杯放置于自己居住的房间中。2007年6月底，公司向何某发出《违纪解除劳动合同通知书》，理由是何某在担任酒店总经理期间，2007年第一、第二季度连续两个季度没有完成董事会下达的营收指标和GOP指标；“同时，在工作期间存在严重违反酒店规章制度之行为。根据双方签订的合同和约定，酒店决定与你解除聘用关系，并对你作出违纪解除劳动合同处理”。何某接到解除合同通知书后，未办理离职手续，未领取当月工资。后向市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，认为自己并没有违反酒店的规章制度，而假如自己没完成董事会下达的营收指标和GOP指标，公司也应提前

* 邱坤，女，主要执业领域为房地产开发、商业物业管理、劳动争议处理等，浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

两个月书面通知后再解除合同。因此认为公司解除劳动合同违反双方约定，且解除劳动合同后未发工资、补偿金等。何某申请仲裁机构裁决公司向其支付以下款项：(1)应发未发的一个月工资6万元及额外经济补偿3万元；(2)解除经济合同补偿金6万元及额外经济补偿金3万元；(3)补偿两个月工资12万元。

争议焦点

本案的争议焦点是：

1.公司《员工手册》能否作为定案依据。

2.何某私存酒店酒杯的违规行为之性质是否属情形严重。

审理判决

本案由市劳动争议仲裁委员会受理，裁决书认为：何某未按月完成与董事会约定的月营收指标，事实清楚，但不属于违纪范畴。何某将公司的高档酒杯放置于自己居住的房间，事实清楚，属于违纪范畴，但情节不严重，直接予以违纪解除，应属不当。因此依据《劳动法》第24条、第28条之规定，裁决：(1)公司给予何某经济补偿金6万元，2007年6月份工资56000元(按实际工作天数28天计算)；(2)驳回何某的其他仲裁请求。

当事人双方均不服该裁决，分别向某区人民法院提起诉讼，区法院作出一审判决，对原告(即何某)曾擅自占有酒店的酒杯之事实予以认定，原告的该行为确属违纪行为。原告曾擅自占有酒店的酒杯之行为虽属违纪，并被被告制定的《员工手册》规定为严重违反规章制度的行为，但根据其手段、后果等方面综合判断该行为的情节并不属劳动法规定的严重情形，而法律对此类情况单位是否应支付给劳动者经济补偿金并未作明确规定，故认为仍应以被告支付原告经济补偿金为宜。依照《劳动法》第50条之规定，判决：(1)公司支付何某经济补偿金6万元、2007年6月的工资56000元；(2)驳回何某的其余诉讼请求；(3)驳回公司的诉讼请求。

一审判决后，公司不服，上诉至市中级人民法院。2008年9月8日，市中院作出判决，认为：《员工手册》系何某在担任酒店总经理期间制订的，而何某在签署劳动《接受确认书》时明确表明愿意遵守酒店的规章制度，故根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(一)第19条之规定，该《员工手册》可以作为本案的定案依据。依据《劳动法》第25条第(二)项、第50条，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(一)第19条，《民事诉讼法》第135条第一款第(三)项、第229

条之规定，判决：(1)维持区法院判决第二项；(2)撤销区法院判决之第一、三项；(3)公司支付何某 2007 年 6 月工资 56000 元；(4)公司无须支付何某经济补偿金 6 万元。

经典评析

本案经劳动争议仲裁裁决、两审判决，历时一年零两个月，走尽了劳动争议的司法程序，对于认定用人单位的规章制度的法律约束力问题具有一定的参考意义，也体现出不同司法机关对此类问题的不同“自由裁量权”。笔者认为，在本案中，至少有以下两点应引起用人单位和劳动者的高度注意：

一、规章制度是一把双刃剑，须精工细作，才不会伤及自身

规章制度是用人单位内部制定的，用以规范员工和单位管理、运作的规范性文件。根据《劳动合同法》、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(一)规定，规章制度必须符合“民主程序制定”、“合法”和“公示”三个条件，才是合法、有效的文件，才能对劳动者具有法律约束力，才可作为人民法院审理劳动争议案件的依据。而不合法的规章制度，不仅在仲裁或诉讼中不能作为审理劳动争议案件的依据，还可能使单位承担更多的经济责任以及遭受行政处罚。

在本案中，公司制订的《员工手册》中关于“严重过失”的规定是否可作为公司与何某解除劳动合同的依据呢？这是本案的争议焦点，也是三个司法机构作出不同裁判的依据所在。

庭审中，何某本人陈述首先他没有收到《员工手册》，其次认为《员工手册》内容不合法，“严重过失”的规定过于苛刻。作为公司方的代理人，笔者在代理意见中提出：《员工手册》是何某担任酒店总经理两个月后的 2007 年 3 月修订下发的，第一章的“总经理致辞”经何某审定且亲笔署名。经人力资源部门查询，除总经理何某外，每个员工都有签收凭证。但何某没有签收，能否以《员工手册》程序不合法予以抗辩、排除适用呢？代理人认为，如果此案发生在其他员工身上，或许会对《员工手册》是否具有法律约束力产生争议，但对于何某这个身份特殊的总经理具有约束力是毫无疑问的。理由有三：

第一，何某的职责要求其制定公司规章制度，他以“不知情”、“未签收”为由进行抗辩不能被采信。按照我国《公司法》第 50 条及公司章程规定，公

司总经理行使下列职权：……拟订公司的基本管理制度；制定公司的具体规章；……《员工手册》是公司的具体规章，何某在到任后，主持修订了原《员工手册》，代之以自己亲笔签名下发的新《员工手册》。如果说该手册没有经过民主程序修订，没有征求员工意见，其他员工可以提出异议，但作为公司的总经理提出则无说服力，不能被法庭（仲裁庭）采信。同理，即使何某没有签收，从法定职权和常理上，也应认定该手册对公司总经理具有约束力。

第二，《员工手册》的内容没有违反法律、法规的强制性规定，在本案中应予适用。该《员工手册》第10、3、3处罚条例中明确规定擅自占有酒店财产的属于严重过失行为，第5、8条有关于严重违反酒店规章制度的，可以辞退而无须支付任何经济补偿金的规定。这些规定，符合《劳动法》第25条有关劳动者严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同的规定。何某利用职权，指令员工将酒店的酒杯存放于自己的房间并加以使用，是符合"擅自占有酒店财产"情形的，对这一严重违纪情形的规定也是酒店行业的惯例，总经理的职务虽然特殊，但也是员工中的一员，不能排除适用《员工手册》。

第三，何某在签署《雇佣合同》的同时也签署了对《员工手册》予以接受和遵守的承诺。

正因为公司在规章制度的制定上区分不同情形做了周密规定，在与何某签订劳动合同时也对接受和遵守《员工手册》约定详尽，才有了本案的险胜。

二、运用规章制度，须把"客观事实"转换为"法律事实"

从法律角度看，本文案例牵涉到"客观事实"和"法律事实"的转换问题。"客观事实"即案件的真实情况，在这个案件中，即何某确实有把酒店的酒杯存放于自己居住的房间的行为，严重违反了用人单位的规章制度；而"法律事实"是指能够为合法有效的证据证明了的案件的情况。法律事实作为劳动争议仲裁庭或者法院判决的依据，往往是案件双方当事人争议的焦点。在这个案件中，庭审前公司有两份证据，一是酒杯从酒店取出和存入何某房间时的数量清点记录单；二是三名员工接受指示将酒杯取出和存放于何某住处的证人证言。这两份证据能证明的事实即为法律事实。

但在庭审中，在证据的认定上，这两份证据的效力问题如何呢？按照法律规定，一份合法有效的证据，往往要具备三个方面的特征，即客观性、关联性和合法性。在这个案例中，主要涉及的是这两份证据的客观性问题。对

于清点记录，虽然上面有公司三个经办人的签名，但由于没有何某的签字，是不具备客观性的；对于三名当事员工的出庭证言，由于该三名员工与公司的利害关系，在客观性方面也是有瑕疵的，这样的证据往往只能作为间接证据使用，即需要与其他证据配合，才能作为何某确实有擅自占有酒杯行为的证据。第一份证据不具有客观性导致了不被采信，第二份证据由于客观性的瑕疵也很难作为认定何某占有酒店财物的证据。值得庆幸的是，何某本人出庭，否认了很多证据和其他违规事实，但对酒杯曾长时间放置于自己房间这一事实予以了默认。所以，该案的法律事实即为第二份证据配合何某本人的当庭承认得以被仲裁庭和法庭确认，公司解除合同的理由得以合法成立。

另外，由于公司人力资源部门保留了向何某送达要求其结算工资而何某拒绝结算的凭证，仲裁庭和法庭都没有支持何某“因公司迟付工资应予额外经济补偿3万元”的请求。

知识产权篇



“19楼”论坛(www.19floor.net)维权

——杭州都快网络传媒有限公司诉王某计算机网络域名不正当竞争一案

王　进　何　彬　应振芳*

案情简介

原告:杭州都快网络传媒有限公司

代理人:浙江君安世纪律师事务所

王进律师　何彬律师(一审)　王进律师　应振芳律师(二审)

被告:王某

案由:计算机网络域名不正当竞争

原告持有的域名www.19floor.net(中文名称19楼论坛)于2001年注册并持续使用,截至原告起诉时注册用户已经达到70多万,在公众中已形成显著的知名度和影响力。19楼论坛经常举办“拉风E派”、车友会自驾游、欢乐大团购等网友活动,19楼论坛的知名度也在论坛不断举办的网友活动中得到进一步的扩大。同时,为了推广19楼论坛和提高论坛知名度,《都市快报》以及《都市快报》的金周刊6年来持续刊登转载19楼论坛的文章,各种19楼论坛举办的网友活动也通过上述媒体发布,由于《都市快报》是一份全国20强的都市报,在全国具有很强的媒体传播力。通过上述媒体持续不断的宣传和推广,19楼论坛已成为全国知名论坛,在第三方网站http://www.alexa.com的世界论坛知名度排名中曾到达全球论坛第600位。

2007年原告发现在互联网上另外还存在一个“19楼”论坛,域名为

* 王进,男,浙江君安世纪律师事务所专职律师。
何彬,男,浙江君安世纪律师事务所专职律师。
应振芳,男,浙江君安世纪律师事务所兼职律师。

www.19floor.com，与原告的 www.19floor.net 域名中的二级域名 19floor 完全一致。经查，该论坛是由被告王某开办，同时原告发现该“19 楼”论坛在结构布局、板块设置、页面色彩、论坛名称都与原告的 19 楼论坛极其近似，并且在公众中已造成了严重的混淆，致使公众将被告的域名和“19 楼论坛”误认为原告的域名和 19 楼论坛，被告的这种不正当竞争行为侵犯了原告的合法权益。为了保护原告的合法权益，制止被告的这种不正当竞争行为，2007 年 6 月 28 日原告向杭州市中级人民法院起诉提出三项诉讼请求：(1)判令被告停止侵权，注销侵权的域名 www.19floor.com；(2)判令被告赔偿原告经济损失人民币 10 万元，以及承担原告为本案支付的律师费人民币 3 万元、公证证据保全费人民币 2500 元，上述费用共计人民币 132500 元；(3)本案诉讼费用由被告承担。

争议焦点

本案件的双方代理人到庭参加诉讼，法院先后经过两次开庭后，确认本案的争议焦点为三个：(1)原告都快网络公司是否 www.19floor.net 域名的注册人，是否从 www.19floor.net 域名注册至今均享有相关权利；(2) www.19floor.com 域名是否被告注册，所对应的网站是否被告实际经营；(3)www.19floor.net 和 www.19floor.com 是否构成混淆。

1. 原告都快网络公司是否 www.19floor.net 域名的注册人，是否从 www.19floor.net 域名注册至今均享有相关权利的问题。

原告提供的证据中国万维网的查询信息中载明，www.19floor.net 域名系在 2001 年 4 月 23 日注册，当前的域名持有人是原告都快网络公司。该域名的原始注册人是原告的母公司都市快报社，从 2001 年－2006 年一直由都市快报社进行管理和维护。2006 年都市快报社出资成立原告公司，并在验资报告（原告证据）中明确“以非专利技术－19 楼论坛（www.19floor.net)网站技术”作为出资，并在原告公司成立之后将该域名过户至原告名下，因此一审法院确认原告是 www.19floor.net 域名的持有人，对该域名享有相关的权利。

2. www.19floor.com 域名是否被告注册，所对应的网站是否被告实际经营。

被控侵权的域名于 2005 年 6 月注册，被告在庭审过程中否认自己是被控域名的注册人，随后一审法院根据原告的申请向浙江省通信管理局调取了 www.19floor.com 网站的 ICP 备案信息，该备案信息显示被控域名的

经营人为“某”(被告人的名),身份证号码与被告王某完全一致。在被告没有提供任何反证的情况之下,根据身份证号码全国唯一性的特征,一审法院认定被告即是被控论坛的管理和实际经营者。

3. www.19floor.net 和 www.19floor.com 是否构成混淆的问题。

一审法院认为,www.19floor.net 和 www.19floor.com 域名在翻译成中文后均为“19 楼”,采用搜索引擎搜索中文“19 楼”时,两者会同时被搜到,因此网民在使用中文名称搜索时,两个域名存在着混淆的可能性。其次,两个论坛都采用了第三方的论坛程序,但是被告方在设立论坛时并非一定要采用与此前已经设立并具有一定知名度的 www.19floor.net 网站“19 楼”论坛相同的程序。在采用相同论坛程序加上域名又极其相似的情况之下,就可能产生混淆并误导网民。再次,被告建立的论坛刻意模仿原告论坛,在栏目设置、页面颜色等方面存在众多相同相似之处,极易造成混淆,事实上从原告提交的页面公证证据也证明了网民对两个论坛产生了极大的混淆。综上,一审法院认定两个域名之间容易构成混淆,易使得网民对两个论坛产生误认。

审理判决

2008 年 6 月 24 日杭州市中级人民法院作出一审判决:一、被告于本判决生效之日起 60 日内注销 www.19floor.com 域名;二、被告赔偿原告经济损失以及为此支出的合理费用人民币 6 万元,于本判决生效之日起 10 日内履行完毕。一审判决下达之后被告不服,向浙江省高级人民法院提起上诉。浙江省高级人民法院于 2008 年 11 月 24 日判决驳回上诉,维持原判。

经典评析

本案是在互联网迅猛发展过程中出现的一类新型的不正当竞争案件。不正当竞争者通过注册与在先使用域名的二级域名一致或者极其相似的域名(中文域名),同时在网页的布局、板块的设置、色彩的选择等网站制作过程中对在先网站进行惟妙惟肖的模仿,使得网民在通过搜索引擎时对目标网站产生混淆,误入不正当竞争者开办的网站,使该网站可以通过搭便车的方式快速地发展。本案的发生就是这种情况,原告在先注册了 www.19floor.net 域名之后,6 年来持续不断地在都市快报上宣传和报道该 19 楼论坛,使得该 19 楼论坛在浙江乃至全国具有了一定的知名度,并拥有 70 多万(起诉时)的注册用户,在 19 楼论坛取得长足发展之后,原告成立了网络公司对该论坛开始商业化的运作,该论坛转变为一个经营性网站同时办理

了 ICP 证书。被告却以此为商机，通过注册与原告域名中的二级域名相同的 www.19floor.com 域名，并且对原告论坛进行了刻意的模仿，故意造成两个论坛的混淆并误导网民，对原告造成了不正当竞争。《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条规定：人民法院审理域名纠纷案件，对符合以下各项条件的，应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争：（一）原告请求保护的民事权益合法有效；（二）被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认；（三）被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由；（四）被告对该域名的注册、使用具有恶意。以上四项是法院在审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件中是否构成侵权或者不正当竞争的要件。结合本案件的具体情况，关于民事权益合法性的问题，原告通过向法庭提交通过公证的万维网网页公证资料，以及原告母公司在成立原告公司时的验资报告等证据材料，已经充分证明了原告是通过受让的方式获得 www.19floor.net 域名的所有权，并且继承了 www.19floor.net 网站以及“19 楼”论坛因具有一定的知名度所带来的品牌效应。其次，www.19floor.net 和 www.19floor.com 两个域名均为国际顶级域名（.net、.com）下的二级域名，其字符串均为 19floor，两者完全相同，并且中文翻译均为“19 楼”。而且后注册使用的 www.19floor.com 网站色彩、板块设置、栏目类型、页面架构等网站基本元素均与在先注册使用并具有一定知名度的 www.19floor.net 存在相同和相似之处。并且从原告在诉讼之前从两个论坛分别保全的网页公证资料反映，由于被告的刻意模仿行为，在结果上造成了众多网民误认为被告的论坛即是原告的论坛，对众多网友造成了误导。且被告在经营使用自己网站的过程中，不注重网站的创新，故意与原告开办的论坛混淆，误导意图明显，主观上具有明显的恶意。在本案中，被告的行为符合《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条的相关要件，构成不正当竞争。

值得注意的是，本案在审理过程当中，被告始终否认是被控侵权域名的注册人和实际管理人。这是由于根据《中国互联网络域名管理办法》的相关规定，域名注册服务机构在提供域名注册服务过程中，注册人存在向其提供不真实信息的可能性，且域名注册成功之后作为取得某个域名的注册人，可以通过登陆域名注册服务机构的网络平台更改注册人信息，使得原告难以确认该域名的真实注册人资料。而本案对于锁定被控域名的实际持有人是

依赖于通信管理局的备案资料，由于《互联网信息服务管理办法》规定对于非经营性网站需要向通信管理部门进行备案，而被告虽然在备案时使用本人的姓名时故意隐瞒了姓氏，但是其登记的身份证号码真实，且该身份证号码与原告通过公安部门调取的被告户籍资料一致，因此在被告没有提供任何反证的情况之下，法院确认了被告即是被控侵权网站的实际管理人和经营者。

该案为浙江省内网络域名不正当竞争纠纷胜诉第一案，已列入“2008年中国知识产权司法保护十大案件”。该案件的判决结果，为众多网络运营商在市场竞争中依法维权树立了榜样，反映了在互联网时代合法经营者打击不正当竞争者的胜利。

商标与域名权利冲突的法律分析

——“杰友升”域名侵权案

何建祥*

案情简介

原告××杰友升照明公司为国内专业生产户外照明器具的主导型企业之一，是专业生产各式新型灯具的实力型中外合资企业，是我国照明电器行业中的骨干企业之一，2001年产值1.5亿元，2002年产值2亿多元，公司员工1500多人。在全国压铸灯行业为百强企业，并通过ISO9001国际认证，经中国照明电器协会评定，其2000－2002年产品销售额居全国前五位，产品畅销欧美100多个国家和地区。各类产品均通过了国内的CCC、CQC、美国UL、欧盟CE、GS等安全认证，自行设计并生产的产品申请获得了国家专利30项，属于“A市专利试点企业”和“浙江省专利示范企业”，产品在行业内享有较高的知名度和良好的商业信誉，先后获得“国家免检产品”和“中国名牌产品”等称号。

被告陈某为B市C区杰友升服饰商行的业主，在其生产营业过程中，将与原告注册商标及企业字号相同的“杰友升”注册为自己的域名“杰友升.net”。

原告杰友升照明公司认为被告陈某注册“杰友升”计算机网络域名的行为构成对其商标的侵权，于2007年9月7日向浙江省B市中级人民法院提起诉讼。原告认为，(1)原告于2002年7月7日获准注册“杰友升”商标，注册号为“1803734”，核定使用商品第11类：冰柜、灯、电炊具、电灯、聚光灯等。其作为“杰友升”商标的专用权人，十分重视对商标的注册、续展、维权等维护工作，制定了商标管理制度，并对“杰友升”商标投入巨额广告和维护费用，采取了一系列的专项保护和推广措施，“杰友升(GEOSUN)”商标也

* 何建祥，男，浙江大学经济法学研究生、行政管理学研究生，浙江泽大律师事务所专职律师。

先后被评为“A 市知名商标”和“浙江省著名商标”。被告陈某作为 B 市 C 区杰友升服饰商行的业主，在其生产营业过程中，无正当理由将与原告注册商标及企业字号相同的“杰友升”注册为自己的域名“杰友升. net”，容易使网上公众误认为被告与原告及其“杰友升”商标之间有关联，损害了原告的合法权益；(2)被告不实际使用该域名而是用于拍卖牟利，主观恶意十分明显，违反了诚实信用的基本原则，属于恶意抢注行为，侵犯了原告的商标权并构成不正当竞争。

根据《中华人民共和国商标法》(以下统称《商标法》)、最高人民法院《关于商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》、最高人民法院《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下统称《解释》)、最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件适用法律若干问题的解释》等规定，原告杰友升照明公司诉请判令：(1)被告陈某立即停止侵权，注销其抢注的“杰友升. net”域名；(2)被告陈某在报上刊登道歉声明以消除影响；(3)本案诉讼费用由被告陈某负担。庭审中，原告杰友升照明公司变更第二项诉讼请求为要求被告陈某变更 B 市 C 区杰友升服饰商行的字号，其服饰商行的字号内不得含有“杰友升”名称。

被告陈某答辩称：被告与原告从事的行业不同，被告自己是做服饰的，原告是从事照明电器行业的，双方之间没有关联性。被告通过注册域名扩大企业的知名度是正常的商业行为，注册“杰友升. net”域名的行为不构成对相关公众的混淆。

争议焦点

法院审理查明：原告杰友升照明公司成立于 1993 年，于 2002 年 7 月 7 日经国家工商行政管理总局商标局核准注册“杰友升”商标和“GEOSUN”商标，核定使用商品第 11 类(冰柜；灯；电炊具；电灯；聚光灯；空气调节器；路灯；漫射灯；汽车灯；照明器)，注册号分别为第 1803734 号和第 1803733 号，注册有效期限均为 2002 年 7 月 7 日至 2012 年 7 月 6 日。杰友升照明公司从 1999 年 11 月至 2005 年 10 月共获得专利 30 项，浙江省知识产权局、浙江省经济贸易委员会于 2004 年 12 月授予杰友升照明公司“浙江省专利示范企业”的称号。杰友升照明公司生产的“杰友升”牌室外灯具于 2005 年 9 月获得了国家质量监督检验检疫总局颁发的中国名牌产品证书和产品质量免检证书；浙江名牌产品认定委员会于 2003 年 9 月认定杰友升照明公司生产的“杰友升”牌照明器具为“浙江名牌产品”；A 市工商行政管理局认

定杰友升照明公司在“灯、照明器”商品上的“杰友升”商标和“GEOSUN”商标为“A市知名商标”;浙江省工商行政管理局于2006年1月认定杰友升照明公司注册并使用在11类“灯、照明器”商品上的“杰友升”商标和“GEO-SUN”商标为“浙江省著名商标”。

被告陈某于2007年8月13日向B市工商行政管理局C分局申领个体工商户营业执照,其注册字号为B市C区杰友升服饰商行,经营场所在浙江省B市C区某工业区,经营范围为服饰销售。陈某于2007年8月28日通过中国万网(www.net.cn)注册了“杰友升.net”的计算机网络域名,并以“GEOSUN”的名称在计算机网络上对其经销的服饰进行商业宣传。

本案庭审中,杰友升照明公司陈述陈某曾通过电话联系的方式,提出将讼争“杰友升.net”计算机网络域名以15万元的价格卖给杰友升照明公司,陈某注册域名的目的就是为了利用“杰友升”商标的声誉抢注域名进行谋利;另陈某声称如果谈不成就要将讼争域名卖给别人。陈某的委托代理人对杰友升照明公司的陈述无异议,其陈述确曾就出售“杰友升.net”计算机网络域名一事与杰友升照明公司进行过洽谈,但是价格没有谈好。

根据原被告提供的证据和各自在法庭审理过程中所作的陈述、答辩,法院认为,双方争议的焦点为原告所提供的证据能否证明被告构成侵权的事实。

审理判决

浙江省B市中级人民法院经过公开审理,依照《商标法》第52条第一款第(五)项,最高人民法院《解释》第4条、第5条、第8条的规定,判决:被告陈某立即停止侵犯原告杰友升照明公司“杰友升”商标及“GEOSUN”商标专用权的行为,立即注销其注册登记的“杰友升.net”计算机网络域名。法院认为:

(一)关于原告要求被告立即停止侵权,注销其抢注的“杰友升.net”域名的诉求

1.“杰友升”商标和“GEOSUN”商标是原告杰友升照明公司在国家工商行政管理总局商标局注册的有效商标,并由浙江省工商行政管理局认定为“浙江省著名商标”。杰友升照明公司依法享有上述商标的专用权,并受法律保护。

2.最高人民法院《解释》第4条规定:“人民法院审理域名纠纷案件,对符合以下各项条件的,应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不

正当竞争：……（二）被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认；……（四）被告对该域名的注册、使用具有恶意”；第 5 条规定："被告的行为被证明具有下列情形之一的，人民法院应当认定其具有恶意：……（三）曾要约高价出售、出租或者以其他方式转让该域名获取不正当利益的”。

被告陈某未经杰友升照明公司的许可，擅自使用杰友升照明公司的“杰友升”商标注册域名，并以“GEOSUN”的名称在计算机网络上对其经销的服饰进行商业宣传，且曾要约高价向杰友升照明公司出售讼争域名以谋取利益，其行为足以造成相关公众的误认且具有恶意。因此，陈某注册并使用“杰友升. net”计算机网络域名的行为，已构成对杰友升照明公司商标专用权的侵犯，其应承担相应的民事责任。杰友升照明公司要求陈某立即停止侵权、注销其抢注的“杰友升. net”域名的诉讼请求，符合法律规定，本院予以支持。

（二）关于原告要求被告变更 B 市 C 区杰友升服饰商行的字号，其服饰商行的字号内不得含有“杰友升”名称的诉求

杰友升照明公司要求判令陈某变更 B 市 C 区杰友升服饰商行字号的请求，依法属于工商行政管理部门的处理范围。根据《浙江省企业商号管理和保护规定》第 4 条的规定，“县级以上工商行政管理部门负责本行政区域内企业商号的管理和保护工作”。故杰友升照明公司该项诉讼请求不能成立，本院不予支持，杰友升照明公司可向工商行政管理部门另行要求解决。陈某主张其与杰友升照明公司从事行业不在同一类、注册“杰友升. net”域名的行为不构成侵权的抗辩理由不能成立，本院不予采信。

经典评析

根据最高人民法院《解释》第 4 条规定：“人民法院审理域名纠纷案件，对符合以下各项条件的，应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争：（一）原告请求保护的民事权益合法有效；（二）被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认；（三）被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册使用该域名的正当理由；（四）被告对该域名的注册、使用具有恶意”。笔者认为，本案首要焦点问题在于被告陈某的行为是否对原告杰友升照明公司的“杰友升”商标构成侵权。

一、原告请求保护的民事权益是否合法有效

原告杰友升照明公司成立于1993年，于2002年7月7日经国家工商行政管理总局商标局核准注册“杰友升”商标和“GEOSUN”商标，核定使用商品第11类（冰柜；灯；电炊具；电灯；聚光灯；空气调节器；路灯；漫射灯；汽车灯；照明器），注册号分别为第1803734号和第1803733号，注册有效期限均为2002年7月7日至2012年7月6日。依据《中华人民共和国民法通则》第96条“法人、个体工商户、个人合伙依法取得商标专用权受法律保护”和《商标法》第3条“经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护”的规定，原告请求保护的民事权益是合法有效的。

二、被告域名或其主要部分是否构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者是否与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认

相似性条件是在传统商标、商号等领域判断侵权是否成立的一般要件，在域名领域同样是必需的。根据国际公约及各国的通行做法，驰名商标和其他注册商标等在相似性判断的条件上是有所不同的，当“被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译”时，就符合了相似性条件，驰名商标不需要足以混淆误人这一条件。而被告域名“与原告的注册商标、域名等相同或近似”，则还需具备“足以造成相关公众的误认”这一条件。

本案中，法院应当以涉案域名与原告注册商标的相同或近似度，且需具备“足以造成相关公众误认”的可能性来判断被告侵权行为的构成与否。被告陈某以“杰友升”商标注册域名，并以“GEOSUN”的名称在计算机网络上对其经销的服饰进行商业宣传，其行为已足以造成相关公众的误认。

三、被告对该域名或其主要部分是否享有权益，有无注册使用该域名的正当理由

我国法律规定了对驰名商标的跨类保护，但对于普通注册商标《商标法》第37条规定：“注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限”，明确对普通注册商标的保护以核定使用的商品为限，其保护不及于不同类别的商品。同时，《浙江省企业商号管理和保护规定》第10条规

定："申请登记的企业名称，其商号不得与他人的驰名商标、浙江省著名商标的文字相同或者近似，但驰名商标或者浙江省著名商标所有人书面同意的除外"，第 12 条"……企业商号与驰名商标、浙江省著名商标的文字或者浙江省知名商号的主要字段相同或者字形相似的，应当认定为本规定第 10 条、第 11 条规定中的'近似'"。

本案中，浙江省工商行政管理局于 2006 年 1 月认定原告杰友升照明公司注册并使用在 11 类"灯、照明器"商品上的"杰友升"商标和"GEOSUN"商标为"浙江省著名商标"。据此，可认定被告陈某对该域名不享有权益，也无注册使用该域名的正当理由。

四、被告对该域名的注册、使用是否具有恶意

对于行为人对域名的注册和使用主观上是否具有恶意往往难以证明。针对计算机网络纠纷发生的实际情况，最高人民法院《解释》第 5 条对其进行了规定："被告的行为被证明具有下列情形之一的，人民法院应当认定其具有恶意：(一)为商业目的将他人驰名商标注册为域名的；(二)为商业目的注册、使用与原告的注册商标、域名等相同或近似的域名，故意造成与原告提供的产品、服务或者原告网站的混淆，误导网络用户访问其网站或其他在线站点的；(三)曾要约高价出售、出租或者以其他方式转让该域名获取不正当利益的；(四)注册域名后自己并不使用也未准备使用，而有意阻止权利人注册该域名的；(五)具有其他恶意情形的。被告举证证明在纠纷发生前其所持有的域名已经获得一定的知名度，且能与原告的注册商标、域名等相区别，或者具有其他情形足以证明其不具有恶意的，人民法院可以不认定被告具有恶意。"

实践中的情况是复杂的，判断行为人是否具有主观恶意的一个重要方法，是判断行为人行为的目的是否为获取不正当的利益，是否违反民法诚实信用原则。本案中的被告人陈某于 2007 年 8 月 13 日向 B 市工商行政管理局 C 分局申领个体工商户营业执照，其注册字号为 B 市 C 区杰友升服饰商行，并于 2007 年 8 月 28 日通过中国万网(www. net. cn)注册了"杰友升. net"的计算机网络域名，并以"GEOSUN"的名称在计算机网络上对其经销的服饰进行商业宣传。被告在其以"杰友升"商标注册计算机网络域名后，曾要约高价向杰友升照明公司出售该域名以谋取利益，此种行为明显违反民法上的诚实信用原则，显然是不为国家法律所支持的。

行文至此，本案的结论已经一目了然，被告陈某侵犯了原告的商标专有

权，法院依据事实和法律作出的判决显然是恰当的。但是，在本案的处理过程中，笔者同时注意到，随着信息技术的不断发展，互联网在人们生活中的迅速普及，各行政区在虚拟空间上的界限愈发淡化，人们对各种信息资讯的了解和掌握更加便捷。而虚拟空间管理制度与现实世界中的管理制度的脱节，将导致涉及计算机网络的知识产权的管理混乱。若不及时将计算机网络管理与现实制度进行有效合理的衔接，势必使得商标专有人的权利得不到及时有效的救济。目前关于知识产权保护的法律制度已不能满足日益纷繁复杂的社会环境的需求，知识产权的保护——特别是涉及计算机网络的知识产权保护正面临新的课题。

三菱为何一败再败

——评三菱株式会社诉一帆公司不正当竞争纠纷案

罗　云*

案情简介

原告三菱株式会社从2003年9月19日开始，在我国的上海、北京、广东、浙江、江苏等地销售其生产的JT－SB216DS型干手机，销售对象有30余家。2004年1月至3月期间，原告三菱株式会社先后在《财经》、《福布斯》、《中国民航》、《暖通空调》等刊物刊登了JT－SB216DS型干手机广告。

被告一帆公司成立于2004年8月，其所生产的产品JF－100HW型干手机与原告三菱株式会社的JT－SB216DS型干手机对比，在外观（尺寸、线条、颜色等）方面基本一致。被告均安公司位于杭州市余杭区，销售被告一帆公司生产的JF－100HW型干手机。

原告三菱株式会社认为两被告生产、销售JF－100HW型干手机行为构成对原告三菱株式会JT－SB216DS型干手机知名商品特有装潢的模仿。2007年7月，原告三菱株式会社以不正当竞争为由，向杭州市中级人民法院起诉被告一帆公司和被告均安公司。

（备注：几乎与此同时，原告三菱株式会社以仿造、伪造知名商品特有装潢为由，向上海市第二中级人民法院起诉被告上海恒星公司、被告上海华轮有限公司、被告一帆有限公司。

两个案件起诉案由相同，原告的实质主张内容一致，上海恒星公司的涉案产品为一帆公司生产的贴牌产品。此案详情见附件一）

原告认为：

1. 原告涉案干手机产品为知名商品。被告一帆公司原样模仿原告涉案干手机的商品形状和外观，完全抄袭原告干手机宣传册，故意造成与原告提

* 罗云，男，浙江泽大律师事务所专职律师。

供的产品的混淆，误导消费者，具有明显的恶意，使消费者极有可能误认为原告与被告一帆公司之间存在某种合作关系或存在使用许可关系等。主要论点有以下四点：(1)原告生产的JT－SB216DS型干手机在中国同类产品领域内有相当的知名度；(2)原告的JT－SB216DS干手机的商品外观和形状具有独特性，是识别原告产品的重要标志；(3)被告一帆公司原样模仿原告的干手机行为是中国法律所禁止的不正当竞争行为。被告均安公司明知被告一帆公司的违法行为，仍然销售其产品，也构成不正当竞争行为；(4)被告一帆公司抄袭使用与原告的干手机的产品宣传册完全相同的宣传册。

2.被告一帆公司的行为是利用原告的优质产品的竞争优势谋取暴利，从而无偿地占有了原告通过正当竞争占有市场所付出的劳动，侵犯了原告的竞争利益，违反了诚实信用、公平竞争的基本原则。

因此，原告提出以下五项诉讼请求：(1)被告一帆公司立即停止生产和销售模仿原告干手机产品的不正当竞争行为；(2)被告一帆公司停止使用侵犯原告著作权的干手机产品宣传册，销毁被告现有的全部侵权宣传册；(3)被告均安公司立即停止销售模仿原告干手机产品的不正当竞争行为；(4)两被告向原告就生产和销售模仿原告干手机产品的不正当竞争行为公开书面道歉；(5)两被告赔偿原告制止被告的不正当竞争行为所付出的全部费用共计人民币100万元，原告提供了相关证据材料。

被告一帆公司辩称：(1)原告生产的干手机(型号：JT－SB216DS)在中国的同类产品领域内不属知名商品。(2)原告的干手机(型号：JT－SB216DS)的商品外观和形状不具有独特性，不是识别该产品的重要标志；答辩人生产的产品与原告生产的该产品不可能造成混淆。(3)根据我国《反不正当竞争法》以及相关司法解释，原告指控被告实施了不正当竞争行为缺乏相应的法律依据。(4)原告宣传册中的文字和图像不具有独创性，不属于著作权法上的作品，所以不构成著作权的侵犯；即便构成侵犯著作权，本案中不能与不正当竞争纠纷并案审理。所以原告诉请答辩人停止使用宣传册，销毁侵权宣传册的理由也不能成立。

被告均安公司辩称：答辩人销售被告一帆公司生产的干手机行为不构成不正当竞争行为，所以原告的诉讼请求没有事实和法律依据，请求法庭驳回原告对答辩人的诉讼请求。

两被告均未提供证据。

庭审中，经杭州市中院释明，原告三菱株式会社确认其指控两被告实施的是违反《中国人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)

第2条、第5条第(二)项的不正当竞争行为，其第二项诉讼请求"指控被告一帆公司抄袭宣传册"的行为是不正当竞争行为而非著作权侵权行为。

根据杭州市中院查明的事实及双方的控辩意见，法院将本案的争议焦点归纳为如下两个方面：

1. 原告三菱株式会社生产的JT－SB216DS型干手机是否系知名商品；该款干手机的外形是否属于"装潢"的范畴；被告一帆公司、均安公司的行为是否构成对原告三菱株式会社知名商品特有装潢的侵犯

2. 被告一帆公司和均安公司的行为是否属于违反《反不正当竞争法》第2条的不正当竞争行为

争议焦点

争议焦点一：被告是否构成《反不正当竞争法》第5条第二项所规定的对知名商标特有装潢的侵犯。

争议焦点二：两被告的行为是否属于违反《反不正当竞争法》第2条规定的诚实信用、公平竞争的商业道德行为。

审理判决

杭州市中级人民法院经过两次开庭公开审理，于2008年8月22日作出判决：驳回原告三菱电机株式会社的诉讼请求。

法院认为：1. 原告三菱株式会社提供的有效证据尚不足以证明其生产的JT－SB216DS型干手机属于知名商品；涉案干手机在我国境内尚不具有一定的市场知名度为公众所知悉。依据《反不正当竞争法》第5条第(二)项之规定，被告的行为不构成不正当竞争。

2. 原告根据《反不正当竞争法》第2条之规定，认为被告的行为侵犯了原告的竞争利益，违反了诚实信用、公平竞争的基本原则。法院认为：(1)三菱株式会社已就两被告生产、销售被控侵权产品之行为明确要求以《反不正当竞争法》第5条第(二)项来获得保护，在《反不正当竞争法》有具体条款可适用的情况下，原告三菱株式会社针对同一行为还要求适用《反不正当竞争法》第2条的一般原则性规定，没有法律依据，法院不予支持。(2)此外，原告三菱株式会社主张适用《反不正当竞争法》第2条的理由为被告一帆公司是一种搭名牌和知名企业的"便车"，使消费者对原、被告产品产生混淆的不正当竞争行为。但原告提供的有效证据尚不能证明被告一帆公司实施了搭"便车"、"傍"名牌"的不正当竞争行为。主张也缺乏相应的事实依据和法律依据，应予以驳回。

经典评析

本案原告三菱株式会社对相同情形对不同的被告，同时在杭州市中级人民法院、上海市第二中级人民法院提出诉讼，诉由相同，均认为被告的行为构成了《反不正反竞争法》第5条第二项所规定的不正当竞争行为；在杭州市中级人民法院起诉的案件，原告三菱株式会社还认为被告一帆公司和被告均安公司的行为构成了《反不正当竞争法》第2条规定的不正当竞争行为。下面，笔者对本案进行评析。

本案焦点之一：被告是否构成《反不正当竞争法》第5条第二项所规定的对知名商标特有装潢的侵犯。

在这个问题中，首先要确认原告的涉案干手机是否知名商品。这是适用该条法律规定的一个前提条件之一。这一前提一旦成立，才考虑原告的涉案干手机外形是否构成《反不正当竞争法》第5条第二项所规定的知名商品的“装潢”，即被告生产销售同样外形的产品是否构成对原告知名商品特有装潢的侵犯，最后才考虑两者是否会产生混淆或者是否存在混淆的可能性。

一、原告的涉案干手机是否属于知名商品

（一）知名商品认定的法律适用

1.我国《反不正当竞争法》第5条第（二）项规定：经营者不得擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品。

2.《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第3条第一项对知名商品的定义为：本规定所称知名商品，是指在市场上具有一定知名度，为相关公众所知悉的商品。

3.《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第1条对知名商品的定义规定为：在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品，应当认定为《反不正当竞争法》第5条第（二）项规定的“知名商品”。人民法院认定知名商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素，进行综合判断。原告应当对其商品的市场知名度负举证责任。

（二）知名商品的认定

鉴于《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题

的解释》对知名商品进行了明确界定。据此，笔者认为在认定知名商品时，主要从以下几个方面考虑：涉案产品的销售时间长短、销售区域是否广阔、销售额是否巨大、销售对象是专业人士还是普通大众、广告费用投入和市场宣传推广力度的持续性等多方面综合考虑。

本案中，原告提供的证据表明：首先，涉案干手机在长达五年的时间里，仅在上海、北京、广东、浙江、江苏等地销售了973台，销售总金额只有1000万元左右，且销售对象仅30余家。可见销售数量少、对象窄、销售总额及销售网点少、市场占有率低；其次，原告仅在2004年1—3月间在五种杂志上刊登过涉案干手机的宣传广告，刊登次数累计仅11次，可见，涉案干手机产品进行宣传的持续时间短、次数少、宣传载体单一、范围覆盖面窄、程度浅；再次，原告未提供任何证据用以证明涉案干手机产品作为知名商品保护的情况，也不能证明涉案干手机产品具备其他知名或为相关公众所知悉的因素。由此，法院认定原告的涉案干手机不是知名商品。

二、涉案干手机外形是否构成《反不正当竞争法》第5条第二项所规定的知名商品的特有“装潢”

（一）外观与装潢的区别

从“装潢”的定义来看：(1)从语源上讲，器物或商品外表的装饰称为装潢，这是装潢的功能意义。(2)根据《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第3条第五款规定：装潢，是指为识别与美化商品而在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合。该规定并列表述装潢的法律意义和功能意义。

所以，知名商品装潢的目的是“为识别与美化商品”、装潢的形式是“附加的文字、图案、色彩及其排列组合”；这显然排斥了商品的外形或者形状，因为形状或者外形是商品本身的固有组成部分，不是附加在商品上的。装潢可拆分，而外形作为商品本身的一部分具有不可拆分性。

鉴此，无论从“装潢”的功能意义还是法律意义，无论从“装潢”的辞源本意还是法律意义、功能意义，“装潢”均不包含“外形”。笔者认为，装潢与外形（观）应属并列关系，而原告认为装潢的性质属于外形的延伸，显然没有法理依据。

（二）外观保护与装潢的法律保护不同

本案中，原告称其在2003年3月对涉案产品的外形在中国申请并获得了外观专利权，但未提供相应证据。

笔者认为，既然外观的保护有特别法即《中华人民共和国专利法》的特别保护，权利人就应当寻求专利法保护，而不能越过特别法适用《反不正当竞争法》的一般保护。

（三）原告为何放弃外观专利保护？

原告为何选择不正当竞争而舍弃外观专利维权，笔者认为可能的原因有三：其一，外观设计专利权稳定性差。我们知道，外观设计专利的授权并未经过实质审查，所以外观设计专利是否具有新颖性和创造性并不确定。实践中，很多外观设计专利在专利无效审查程序中被确认无效。这样，权利人就失去了权利基础，“皮之不存，毛将焉附”。其二，外观设计专利维权程序复杂且冗长。如前所述，外观设计专利的权利稳定性差，被告一般会向专利复审委员会提起专利无效申请，如对专利复审委员会的复审决定不服，还可向人民法院提起行政诉讼，再不服，则向北京市高级人民法院提起上诉。如此三个程序，耗时耗力。即便专利有效，那么该外观设计因时光流逝、时过境迁，原本具有很强竞争力的外观变得非常普通了。其三，事实上，本案原告在起诉状中，明确说明在 1995 年涉案产品就在日本生产，那么在 2003 年申请外观专利就不具备新颖性，该外观专利被无效的可能性极大。如果该外观设计不具有新颖性，说明该外观属于公知设计，属于人类的共有财富，任何人都可利用。

所以，原告选择时间短、见效快的不正当竞争进行维权，也有其道理。但是，原告此时必须突破不正当竞争成立的四个要件，即知名、特有、装潢、混淆。

三、原被告生产的干手机是否会产生混淆

《反不正当竞争法》第 2 条规定，仿冒知名商品特有装潢，需造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品，才构成不正当竞争。那么在本案中，被告生产的 JF－100HW 型干手机是否能引起消费者对原被告干手机的混淆呢？我们从以下三点来分析：

其一，干手机的销售对象特殊。干手机消费对象为宾馆、饭店、商场、写字楼、机场等公共场所具有专业能力的采购人员，非普通大众消费者。这些采购人员属专业人士，比普通消费者更注重商品的商标、品牌、厂商等区分商品来源的标识。

其二，被告的产品上有突出、醒目的商标和制造商，而不是人为将商标标识、制造商等区别商品来源的标识明显缩小或者放在不醒目的地方，这样

更有利于消费者识别。

其三，更为重要的是，原被告产品的价格差异悬殊，原告 10000 元/台，被告 2000～3000 元/台。对价格如此悬殊的产品，采购人员的谨慎注意义务也不一样。

因此，被告的产品与原告的涉案产品不可能构成混淆。事实上，原告也并未举证产生了混淆。

综上所述，原告的涉案产品不构成知名商品，原告涉案干手机的外形不是其商品装潢，被告被指控的干手机也不构成对原告涉案干手机装潢的模仿，原被告生产的同类型同外观的干手机也不会引起特殊消费群体的误认与混淆。

从另一方面来说，抛开原告的涉案商品外形不构成《反不正当竞争法》规定的知名商品装潢，更不可能引起市场上公众的混淆这两点不谈，单就原告的涉案产品不是知名商品，已经使得原告随后的一系列主张失去诉由基础。

因此，本案中原告的主张不成立，被告的行为不构成《反不正当竞争法》第 5 条第二项规定的不正当竞争。

本案争议焦点之二：两被告的行为是否属于违反《反不正当竞争法》第 2 条规定的违反诚实信用、公平竞争的商业道德行为。

《反不正当竞争法》第 2 条属于对不正当竞争行为作出的一般原则性的规定，其仅能适用于《反不正当竞争法》中未规定的其他不正当竞争行为之情形。本案中，原告三菱株式会社已就两被告生产、销售被控侵权产品之行为明确要求以《反不正当竞争法》第 5 条第(二)项来获得保护，在《反不正当竞争法》有具体条款可适用的情况下，原告三菱株式会社针对同一行为还要求适用《反不正当竞争法》第 2 条的一般原则性规定，没有法律依据。

另外，原告三菱株式会社主张适用《反不正当竞争法》第 2 条的理由为被告一帆公司是一种搭名牌和知名企业的“便车”，使消费者对原被告产品产生混淆的不正当竞争行为。如前所述，原告三菱株式会社生产、销售的涉案干手机产品为非知名商品，原被告的产品除产品外形一致外，其他并不相同。鉴于原被告的商品在商标标识、商品价格、销售对象等方面的巨大差别，相关消费者能足以区分原被告干手机产品，不会引起相关公众对两种产品来源产生混淆、误认，或者使相关公众认为被告一帆公司产品与原告三菱株式会社具有某种特定联系，导致对两种产品的市场主体或来源产生混淆。

因此，原告三菱株式会社认为本案适用《反不正当竞争法》第 2 条的主

张，缺乏相应的事实依据和法律依据。

第二次庭审中，原告就是否适用《反不正当竞争法》第二条一般原则性规定，提出新的主张。原告认为，涉案产品不仅外观与原告产品完全一样，恶意模仿。而且其内部构造也基本一样，甚至插件还可互换。各零部件尺寸公差都基本一致，即内部构造相同。所以，原告认为被告的行为是全方位模仿，显然属于《反不正当竞争法》第2条规定的违反诚实信用和未遵守公认的商业道德，属不正当竞争行为。

笔者认为，法律并不禁止模仿，模仿只要未侵犯他人合法权利都是允许的。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第12条规定："通过自行开发研制或者反向工程等方式获得的商业秘密，不认定为反不正当竞争法第10条第(一)、(二)项规定的侵犯商业秘密行为。前款所称反向工程，是指通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等而获得该产品的有关技术信息。当事人以不正当手段知悉了他人的商业秘密之后，又以反向工程为由主张获取行为合法的，不予支持。"该司法解释第一次肯定了"反向工程"的合法性。"反向工程"就是全方位模仿，只要该"反向工程"未侵犯他人商业秘密，就不构成不正当竞争行为。

解决了以上两个焦点问题，本案的分析结果就一目了然。原告的主张缺乏有力的事实依据和法律依据，因此其起诉被告的理由不成立；法院判决驳回原告的诉讼请求，是恰当的。

附件一

2007年7月，原告三菱电机株式会社以仿造、伪造知名商品特有装潢为由，向上海市第二中级人民法院起诉被告上海恒星公司、上海华轮有限公司、被告一帆公司。2007年7月26日，上海市第二中级人民法院立案受理。2008年1月4日，上海市第二中级人民法院开庭审理；2008年作出初审判决。原告不服一审判决，向上海市高级人民法院提起上诉，2008年6月10日，上海市高级人民法院作出终审判决。

原告诉称：(1)原告生产的干手机在中国已经有了相当高的知名度；(2)原告生产的涉案干手机的外观(形状、颜色、线条等)作为产品的装潢已具有独特性，并成为识别原告生产的涉案干手机的重要标志；(3)被告恒星公司和被告一帆公司共同生产的FD－100HW"Waiter"牌干手机与原告生产的涉案干手机对比，外观几乎相同，部分零件可以互换使用；(4)原告与被告

恒星公司、被告一帆公司均生产干手机，彼此之间已经形成商业竞争关系，所以被告恒星公司、被告一帆公司上述生产和销售行为的目的是故意造成与原告生产的涉案干手机的混淆，主观恶意明显，已构成对原告的不正当竞争，被告华轮公司明知被告恒星公司和被告一帆公司模仿原告涉案干手机而生产的"Waiter"牌干手机的行为，是中国法律所禁止的不正当竞争行为，仍然销售"Waiter"牌干手机，构成不正当竞争；(5)为禁止三被告的不正当竞争行为，原告已经支付了一定的合理费用。

原告诉求：(1)被告恒星公司、被告一帆公司立刻停止生产和销售仿冒原告涉案干手机特有装潢的"Waiter"牌干手机的不正当竞争行为；(2)被告华轮公司立即停止销售仿冒原告涉案干手机特有装潢的"Waiter"牌干手机的不正当竞争行为；(3)三被告就各自不正当竞争行为向原告公开书面道歉；(4)三被告赔偿原告应制止上述不正当竞争行为所支付的全部合理费用。

原告就己方的主张和诉求，提供了相关证据。

被告恒星公司和被告华轮公司辩称：(1)原告获奖干手机的型号是SB116GS，原告生产的涉案干手机的型号是 SB216DS，两者型号不同；(2)原告虽是知名企业，但这不等于其生产的涉案干手机也必然知名；(3)原告提供的 2003 年起至今在中国大陆销售的凭证，有的缺少付款凭证，有的缺少订单，有的缺少型号，故无法确认原告在中国销售涉案干手机 1387 台的事实，根据原告提供的销售凭证，只能确认其销售涉案干手机 312 台；(4)被告生产的"Waiter"牌干手机与原告生产的涉案干手机，在外观上虽然相似，但干手机上的"Waiter"商标非常显著，故不会引起混淆；(5)产品的外观不等于产品的装潢。综上，原告的诉讼请求无事实和法律依据，请求法院驳回。

两被告就其所主张事实，提供了相关证据。

被告一帆公司未提交书面答辩意见，也未提供证据。

法院认为本案的争议焦点为：原告生产的涉案干手机是否知名商品；原告请求保护的内容是否构成特有装潢；被告恒星公司和被告一帆公司共同生产的"Waiter"牌干手机与原告生产的涉案干手机是否相同和相似；如相同或相似，是否足以造成相关消费者的误认；原告在本案中提出的被告华轮公司销售"Waiter"牌干手机的行为是否构成不正当竞争行为。

上海市第二中级人民法院初审判决：原告不能证明其生产的涉案干手机是知名商品，原告从以知名商品为前提的特有装潢角度所提出的被告恒

星公司和被告一帆公司生产销售的“Waiter”牌干手机，已经构成对原告不正当竞争行为的主张，无法律依据，不予支持。判决驳回原告的诉讼请求。

原告不服一审判决，向上海市高级人民法院提出上诉。上海市高级人民法院终审认为原审判决并无不当，上诉人的上诉理由不能成立；因此判决驳回上诉，维持原判。

行政法篇

招投标活动中的行政监督

——评Z省发改委和S市水联建设工程有限责任公司行政复议案

金　鹰*

案情简介

申请人:S市水联建设工程有限责任公司(下称“申请人”)

被申请人:Z省发展和改革委员会(下称“被申请人”或省发改委)

D市水处理三期工程污水排海管线施工3标段工程系经Z省发展和改革委员会批准建设的Z省重点建设工程。该项目招标人是S水处理发展有限公司,项目于2006年7月开始招标,2006年8月31日在Z省重大工程交易中心进行公开开标。共有9个施工单位参加投标,经评标委员会评定,评标结果为:第1名中标候选人为S市水联建设工程有限责任公司(下称“水联公司”或申请人),评标价4854.16万元,综合分91.2分;第2名中标候选人为Z宝业建设集团有限公司(下称“宝业公司”),评标价5300.64万元,综合分88.4分。

2007年2月2日,水联公司向Z省重点建设工程招标投标办公室(下称“省招标办”)投诉宝业公司等其他四家投标单位,称:(1)宝业公司参与投标的项目经理不符合投标资格,其在2006年7月已中标了Z省重点工程——平阳县水头第二水厂,而同一施工工期内项目经理只能承担一项省重点工程,同时不符合该工程招标文件中规定的项目经理到位率85%的要求,故该项目经理没有资格参加此次投标;(2)Z市政工程有限责任公司参与投标的项目经理有不良行为记录,自2006年2月8日开始,记录期限为一年,故该项目经理没有资格参加此次投标;(3)J省工业设备安装公司参与投标的项目经理在2006年6月已中标杭州市市场中心主楼二标段(B、C楼)安装工程,不符合招标文件中规定的项目经理到位率85%的要求,故该

* 金鹰,男,浙江腾飞金鹰律师事务所专职律师。

项目经理没有资格参加此次投标;(4)B市平安市政工程有限公司参与投标的项目经理在建设部没有其一级项目经理注册信息,故其一级项目经理资格证书可能系伪造;(5)宝业公司等多家投标单位存在明显的串标、抬标违法行为,理由是开标前,宝业公司曾多次联系水联公司要求串标,多家投标单位的商务报价明显超出正常预算报价400万—900万元。要求将这4个投标单位的投标作无效标处理,并依法对违法行为进行惩处。

省招标办受理投诉后依法进行了调查,查明:本工程评标过程中,评标委员会已将Z市政工程有限责任公司、B市平安市政工程有限公司的投标作无效标处理。Z市政工程有限责任公司的拟派项目经理自2006年2月8日起,被W市建设规划局列人建设工程不良行为记录,为期一年。经与建设部核实,B市平安市政工程有限公司拟派项目经理一级资质是真实的。宝业公司拟派项目经理于2006年7月12日中标Z省重点建设工程平阳县水头第二水厂工程,8月25日宝业公司向平阳县水头第二水厂工程建设指挥部办公室申请变更项目经理,10月18日工程建设指挥部同意其申请,10月19日宝业公司在省重大工程交易中心办理了变更登记。J省工业设备安装公司参与投标的项目经理在2006年6月中标H市市场中心主楼二标段(B、C楼)安装工程,工期365天。招标人在开标前未编制参考标底,在调查期间经省招标办多次要求招标人编制预算,以核查宝业公司等投标单位的商务报价是否异常,但招标人未提交工程预算。

经省重点办、省监察厅、省招标办多次研究、讨论,2007年6月4日,答辩人根据调查情况,就水联公司的投诉作出《S水处理三期工程污水排海管线施工3标段招标投诉处理意见书》(浙发改法字〔2007〕11号)。意见书认定:(1)在本工程评标过程中,评标委员会将Z市政工程有限责任公司、B市平安市政工程有限公司的投标作无效标处理,是符合招投标法律、法规等相关规定的;(2)宝业公司、J省工业设备安装公司的拟派项目经理在本工程投标报名至评标结果公示期间有中标工程,但招标文件只规定了项目经理在施工期间的到位率;(3)由于招标人开标前未编参考标底,事后也未按要求提供工程预算,故无法认定宝业公司等多家投标单位的商务报价是否异常。根据上述认定,作出如下处理意见:要求招标人组织评标委员会依据答辩人所认定的事实,结合浙发改基综〔2007〕66号和浙发改函〔2007〕32号文件的要求,以及招标人反映的本工程招投标过程中存在的问题,按照招标文件的规定及评标办法抓紧组织重新评标。同时,明确如对本投诉处理意见不服,可以依法申请行政复议或者向人民法院提起行政诉讼。

水联公司对上述处理意见书不服，向Z省人民政府申请行政复议，引发本案。



焦点一：省发改委认定Z宝业公司、J工业设备安装公司拟派项目经理的投标资格时主要事实是否清楚，证据是否不足。

申请人主张浙发改法字〔2007〕11号投诉处理意见书中只认定了浙江宝业公司、J工业设备安装公司拟派项目经理在“本工程投标报名至评标期间”有中标工程，没有进一步认定其中标工程与本次招标的工程在施工期间上的重合度必然超过85%，违反了《建筑施工企业项目经理资质管理办法》中“项目经理原则上只能承担一个工程项目的管理工作”的规定，没有认定其项目经理不具备承担本次投标项目的条件，属认定事实不清。

省发改委主张根据招标文件对拟派项目经理的资质要求和合同条款中的拟派项目经理到岗要求，结合拟派项目经理在“本工程投标报名至评标期间”有中标工程的事实，无法得出该项目经理施工期间到岗率必然低于85%的结论，无法就尚未发生的事实作出该项目经理不具备承担本次投标项目的条件的认定，这种认定不属于事实认定不清。

焦点二：申请人能否以省发改委作出浙发改基综〔2007〕66号处理意见书中所认定事实的依据错误为由主张申请撤销浙发改法字〔2007〕11号处理意见书。

申请人称浙发改法字〔2007〕11号投诉处理意见书中要求招标人结合浙发改基综〔2007〕66号处理意见书重新组织评标，意味着浙发改法字〔2007〕11号投诉处理意见书再次认定了浙发改基综〔2007〕66号处理意见书原先所认定的“事实”。申请人以这些所谓的“事实”认定进行异议，并将此作为撤销浙发改法字〔2007〕11号投诉处理意见书的依据。

省发改委主张：(1)浙发改基综〔2007〕66号投诉处理意见书中认定的申请人拟派项目经理不具备此次投标资格的事实与本案无关，不应在本案中进行审理；(2)撤销具体行政行为的依据依法必须是行政机关作出的该具体行政行为本身是否存在适用依据错误等情形，行政相对人认为具体行政行为中存在适用依据错误情形的，可依法对该具体行政行为提出撤销或变更。浙发改基综〔2007〕66号处理意见书中是否存在适用依据错误不能作为撤销浙发改法字〔2007〕11号处理意见书的依据，申请人若以被申请人浙发改基综〔2007〕66号处理意见书认定事实适用依据错误为由却申请撤销浙发

改法字〔2007〕11 号投诉处理意见书显然不符合法律规定的具体行政行为撤销依据。

焦点三：省发改委作出的浙发改法字〔2007〕11 号投诉处理意见书在认定 Z 宝业公司等多家投标单位是否存在商务报价异常及串标、抬标的违法行为时，是否存在未履行法定职责的问题。

被申请人接受投诉后，依法进行了调查；根据调查取得的证据材料，依法不能足以认定 Z 宝业公司等多家投标单位存在串标行为，作出按废标处理的结论，而只能作出重新评标的决定，将招标人反映的情况提交给评标委员会，由评标委员会根据招标文件的规定进行评审。

焦点四：浙发改法字〔2007〕11 号投诉处理意见书要求招标人组织原评标委员会重新评标是否违背了立法目的，是否必须决定重新组织招标。

申请人数次提到，处理意见书要求招标人组织评标委员会重新评标违反了立法目的，属滥用职权，剥夺了招标人重新招标的权利与可能性。

被申请人认为根据法律规定及本案事实情况，被申请人要求招标人组织评标委员会重新评标是在法律赋予的职权范围内行使权力，并没有滥用职权或违反立法目的。而且本案尚不具备必须重新招标的条件，被申请人依法无法作出必须重新招标的处理，只能要求招标人重新评标。

审理判决

对于行政复议案件，被申请人应当在收到申请书后 10 日内提交书面答复和证据、依据材料。作为被申请人的代理人，律师的准备时间就比较紧迫，对律师专业和能力的要求就很高。本律师接受委托后即刻着手准备答辩状和证据材料。在本案行政复议期间，本律师多次和申请人及其代理人进行了沟通：在听证过程中，本律师和申请人及其代理人充分交换了意见；在庭外也通过各种方式积极、巧妙地沟通和协调。在本律师的努力下，申请人和被申请人最终达成和解，申请人向 Z 省人民政府提交了撤回行政复议申请书，Z 省人民政府终止了该行政复议。

经典评析

这是一起典型的招投标过程中因投诉人对行政监督机构的处理意见不服而提起的行政复议案件。而这种类型的行政复议案件因为和招投标这一特殊领域结合在一起，使得案情在分析上变得较为复杂，不仅涉及行政法领域的内容，又和部分民事领域的法律关系穿插在一起。要厘清其中的法律关系，必须逐一剖析：

一、项目经理施工期间的到岗率≠项目经理投标期间不得有在建工程

根据此次招标项目的招标文件的规定，投标人拟派项目经理资格要求具有一级项目经理资质及“三类人员”B类证书，并有类似工程业绩。因此，只要拟派的项目经理具备前述三项要件，就符合招标的实质性要求。

至于项目经理的到岗率（项目经理施工期间的到岗率不得低于85%，违反这一要求的后果是按照缺勤次数每人每次扣除履约保证金5000元），招标文件中只规定了施工期间项目经理的到岗率要求，而没有规定项目经理在投标时不得有其他在建工程。而这两个要求是不能等同的，仅从招标文件的表述，我们无法从项目经理施工期间到岗率的要求推断出其对项目经理在投标时不得有其他在建工程的要求；而且项目经理在施工期间违反了合同约定的到岗率要求的，承担的法律后果是违约责任，而不是投标资格的丧失。

因此，申请人简单地以投标期间项目经理有在建工程就臆断该项目经理施工期间到岗率必然低于85%，从而要求主管行政机构取消相关方的投标资格实属一己之见。

二、行政监督机构要有所为又要有所不为

根据《浙江省招标投标条例》规定，省重点工程建设项目的招标投标活动由省发展改革行政部门，实施监督。同时根据《招标投标法》等法律的规定，行政监督部门依法对招标投标活动实施监督，依法查处招标投标活动中的违法行为。所以，本案省发改委作为省重点建设工程招投标活动的行政监督部门，依法只能对招投标活动（包括评标过程）实施监督，对招投标活动中存在的违法行为进行查处，而无法延伸到合同的履行领域（施工阶段）。申请人要求查处认定的事实——项目经理施工期间的到岗率问题系施工单位、项目经理在施工期间的行为。省发改委作为招投标活动的监督部门，监督范围仅限于招投标期间的活动，对施工期间项目经理能否达到合同要求的到岗率不能作出认定。

而《建筑施工企业项目经理资质管理办法》是建设部制定公布的部门规章，是指导建设部及省、自治区、直辖市建设行政主管部门管理建筑施工企业项目经理资质的依据。项目经理是否违反该办法中规定的“项目经理原则上只能承担一个工程项目的管理工作”，也只能看项目经理事实上是否同时承担着2个及2个以上正在建设之中的工程的管理工作，而该事实的发

生与认定只能是在工程施工期间，在招投标期间是无法认定这一事实的。同时根据该办法规定的职能管理部门来看，即使项目经理违反了该管理办法的规定，也只能由其主管部门——建设行政主管部门依法认定并作出处理，而不是由本案省发改委认定。

任何一个行政主管部门都不可能对未发生的事实进行认定，更不可能根据未发生的事实作出对相关主体不利的行政行为。否则，就是违法行政。

因此省发改委认定"Z宝业公司、J工业设备安装公司拟派项目经理在本工程投标报名至评标公示期间有中标工程"，却没有认定"Z宝业公司、J工业设备安装公司拟派项目经理已中标的其他工程与本次招标的工程在施工期间上的重合度必然超过85%"、"Z宝业公司、J工业设备安装公司拟派项目经理违反了《建筑施工企业项目经理资质管理办法》中"项目经理原则上只能承担一个工程项目的管理工作"的规定，是有所为又有所不为的正确行使行政监督职责的体现。

三、招投标行政监督机构和评标委员会应各司其职

(一)行政监督机构应当依法行政、行使行政监督职责

行政机关作出具体行政行为必须有明确、充分的法律和事实依据，否则，可能会产生违法行政行为。

省招标办收到申请人的投诉后，及时组织调查人员，并联合监察厅等单位依法对此投诉事项进行调查，向招标人、4家被投诉人签发了《投诉事项调查通知书》，调查、了解并核实有关情况。招标人向省招标办提交了《投诉事项调查情况的报告》，反映了投标中存在的一些情况。被投诉人向省招标办提交了申辩书，对投诉事项进行了陈述与申辩，并否认了投标中存在串标的情况。但申请人及被投诉人没有向省招标办提交Z宝业公司曾多次前往申请人处联系串标并遭拒绝的证明材料，招标人也没有根据省招标办的要求提交工程预算书，本次招标未设标底。经过前述调查，省发改委了解到虽然Z宝业公司等多家投标单位提交的投标文件存在数处相同错误之处的情况，但是仅凭其所掌握的材料，省发改委无法了解Z宝业公司等投标单位的商务报价是否真的如申请人所说的超出正常预算报价达400万—900万元。

显然，招标人反映的Z宝业公司等多家投标单位提交的投标文件存在

数处相同错误之处的情况，既不属于法律直接规定的串标行为[1]之列，也不能直接证明Z宝业公司等多家投标单位存在法定的串标行为。因此，省发改委无法仅以Z宝业公司等多家投标单位提交的投标文件存在数处相同错误之处为由来认定Z宝业公司等投标单位之间存在串标行为。在不能认定存在串标、抬标等违法行为的情况下，省发改委当然不能对Z宝业公司等投标单位进行查处。

（二）评标委员会可以依据招标文件规定对投标文件进行认定

招标文件第九章《评标办法》中规定：评标中，发现有两份及以上投标文件的相互之间有特别相同或相似之处，且经询标澄清投标人无令人信服的理由和可靠证据证明其合理性的，经评标委员会半数以上成员确认，其投标文件按无效标处理，予以废标，不再对其进行评审，也不影响招标工程继续评标。评标结束后，评标专家应将串通投标嫌疑的投标文件以及相关评标分析材料及时移交招标投标管理机构作进一步的调查，即使最终无法认定串通投标行为成立，也不影响对其按无效标处理的结果。

根据招标文件的这一规定，评标中，评标委员会如发现有两份及以上投标文件的相互之间有特别相同或相似之处，且经询标澄清投标人无令人信服的理由和可靠证据证明其合理性的，经评标委员会半数以上成员确认，其投标文件按无效标处理，予以废标。但只能是评标委员会作出认定，而非他人。

根据《招标投标法》等法律规定，评标由招标人依法组建的评标委员会负责。任何单位和个人不得非法干预、影响评标的过程和结果。评标委员会应当按照招标文件确定的评标标准和方法，对投标文件进行评审和比较。评标过程中发现投标人存在法律规定或招标文件规定废标情形的，由评标委员会认定其投标按废标处理，任何单位和个人不能代为行使这一权利。

---

① 《浙江省招标投标条例》第27条规定：下列行为均属投标人相互串通投标：

（一）投标人之间相互约定抬高或者压低投标报价；

（二）投标人之间事先约定中标者，并以此为策略参加投标；

（三）投标人之间其他违反法律、法规串通投标的行为。

《工程建设项目施工招标投标办法》（七部委30号令）第46条规定下列行为均属投标人串通投标报价：

1.投标人之间相互约定抬高或压低投标报价；

2.投标人之间相互约定，在招标项目中分别以高、中、低价位报价；

3.投标人之间先进行内部竞价，内定中标人，然后再参加投标；

4.投标人之间其他串通投标报价的行为。

省发改委依法不能干预、代替评标委员会对标书是否按无效标处理作出认定，其只能通过作出重新评标的决定，将招标人反映的证明投标文件存在数处相同错误的材料反馈给评标委员会，由评标委员会进行评审。

省发改委作为行政机关，受理投诉后针对投诉事项作出的行政处理意见，属具体行政行为，行政相对人承担的是行政法律后果，其救济途径是提起行政诉讼或行政复议。而评标委员会根据招标文件的规定，对某一投标文件作出按无效标处理的评审意见，相关投标人承担的是民事法律后果，即其标书无效。投标人如认为评标委员会的认定损害其合法权益的，其救济途径是提起民事诉讼。行政机关根据有关行政法律作出具体行政行为，评标委员会根据招标文件的规定作出评审意见，省发改委作为行政机关不能行使评标委员会的权利，评标委员会也不能代替行政机关作出应由行政机关作出的认定。而且两者要求标准不一致，行政机关作出的行政行为必须有明确的法律和充分的事实依据，而评标委员会可根据招标文件的规定及一定的事实依据作出认定。

四、责令重新招标权行使也得依法进行

《浙江省招标投标条例》第 37 条规定：中标候选人公示期间，投标人及其他利害关系人可以向招标人提出异议或者向有关行政监督部门申请核查。有关行政监督部门经核查后发现招标投标过程中确有违反《中华人民共和国招标投标法》和其他有关法律、法规且影响评标结果公正性的，应当责令招标人重新评标或者招标。

《浙江省招标投标条例》、《评标委员会和评标方法暂行规定》中对不得担任评标委员会成员的情形作了明确规定；同时为确保招投标活动的严肃性、有效性和经济性，《招标投标法》、《浙江省招标投标条例》、《评标委员会和评标方法暂行规定》对重新招标的条件作了明确而严格的规定。

责令招标人重新评标或者招标是省发改委行使行政监督权的职权范围，因此在评标专家没有违法行为，也没有对省发改委反馈的信息已评审的情况下，省发改委将原评标专家尚未掌握的信息反馈给评标专家，由其对这一情况进行评审，并不影响评标的公平、公正性，也符合相关法律法规的规定；同时，省发改委就申请人投诉事项作出浙发改法字〔2007〕11 号投诉处理意见书时，并未发生投标人少于三个或者所有投标被否决的情形，所以，其依法也不能作出责令招标人重新招标的处理意见。

因此，虽然省发改委有权责令招标人重新评标或者招标，但并非可以随

意选择其中一项，而是必须按照处理时的实际情况，据实依法作出处理意见。

五、对已经生效的具体行政行为依据的异议不得作为撤销其他具体行政行为的依据

根据《中华人民共和国行政复议法》和《中华人民共和国行政复议法实施条例》，申请人认为行政机关作出的具体行政行为存在以下情形中一种或者若干种时，可以申请撤销该具体行政行为：(1)主要事实不清、证据不足的；(2)适用依据错误的；(3)违反法定程序的；(4)超越或者滥用职权的；(5)具体行政行为明显不当的。上述5种情形也是针对申请人所复议的具体行政行为，而不是之前的某项具体行政行为，即使之前的那项具体行政行为和被复议的具体行政行为存在事实上的相关。

本案中浙发改基综〔2007〕66号处理意见书是省发改委于2007年1月作出，申请人如对浙发改基综〔2007〕66号投诉处理意见书中有关其拟派项目经理不具备此次投标资格的认定有异议的，其应当在法定期间内以此为由向有关部门申请撤销浙发改基综〔2007〕66号投诉处理意见书。该处理意见书至浙发改法字〔2007〕11号投诉处理意见书时已生效，对已生效的处理意见书中已认定的事实，不存在再次认定的问题。

浙发改法字〔2007〕11号投诉处理意见书中自始至终没有涉及对申请人拟派项目经理是否具备投标资格一事作出认定，处理意见结果中所提到的结合浙发改基综〔2007〕66号投诉处理意见书重新评标，其意思非常明确，就是一并执行已生效的其他处理意见书，并未否定或改变浙发改基综〔2007〕66号投诉处理意见书的处理决定。

后　　记

英国科学家培根说："我们不应该像蚂蚁，单只收集；也不可像蜘蛛，只从自己肚中抽丝；而应像蜜蜂，既采集又整理，这样才能酿出香甜的蜂蜜来。"一些好律师之敬业精神真如勤劳的蜜蜂。执业多年，我们深深感到，律师代理案件中的思路和实务技能是一门综合性较强的学问。

本书所载案例，都是浙江省省直律师亲自代理主办的。出版此案例，能总结各律师成功的办案经验与体会，以利于日后的工作，也利于与同行、读者切磋交流，抛砖引玉，求得共同进步。本书与《律师实务研究》为姊妹系列，本书重律师实务、经验和技能，后者重律师实务理论，两者相辅相成。在条件成熟时，姊妹书系列将再出新书。

在本书的编写过程中，得到金炜亮的帮助整理，在此谨致以深深的感谢！

由于水平有限，本书难免有不当之处，故祈望专家、同行和读者指正，不胜荣幸！

本书编委会

二〇〇九年七月

[General Information]
书名=律师经典案例　第3辑
作者=唐国华主编
页数=234
出版社=杭州市：浙江大学出版社
出版日期=2009.08
SS号=12357568
DX号=000006797556
URL=http://book.szdnet.org.cn/bookDetail.jsp?dxNumber=000006797556&d=6C65E4B4537D9DD4B6BD638BAAC0F5B0